3 1761 09492591 4

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/logehistoriquede06letr

Law
For
P8624nx

ŒUVRES

DE POTHIER

NOUVELLE ÉDITION,

ORNÉE DU PORTRAIT DE L'AUTEUR,

PUBLIÉE

PAR M. SIFFREIN.

TOME SIXIÈME.

319938
7.10.35

A PARIS,

CHEZ L'ÉDITEUR,

RUE SAINT-JEAN-DE-BEAUVAIS, N° 1;

ET CHEZ CHANSON, IMPRIMEUR-LIBRAIRE,

RUE DES GRANDS-AUGUSTINS, N° 10.

M. DCCCXXI.

TABLE

DES CHAPITRES, ARTICLES, SECTIONS ET PARAGRAPHES CONTENUS DANS LES TRAITÉS DES CONTRATS DE DÉPÔT, DE MANDAT, DE NANTISSEMENT, D'ASSURANCE, DE PRÊT ET DU JEU.

CONTRAT DE DÉPÔT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, pag. 1

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de dépôt, 2

ART. I. Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt, et entre quelles personnes il peut intervenir, ibid.

§. I. Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt, ibid.

§. II. Entre quelles personnes le contrat de dépôt peut-il intervenir, 5

ART. II. De ce qui est nécessaire pour former le contrat de dépôt, 6

§. I. Il faut qu'il intervienne une tradition de la chose déposée, ibid.

§. II. Il faut que la principale fin, pour laquelle la tradition se fait, soit la garde de la chose, 7

§. III. Il faut que celui à qui la garde de la chose est confiée s'en charge gratuitement, 11

§. IV. Du consentement des parties, qui doit intervenir dans le contrat de dépôt, ibid.

ART. III. A quelle classe de contrats doit-on rapporter le contrat de dépôt, 14

CHAPITRE II.

Des obligations que produit le contrat de dépôt, et des actions qui en naissent, 15

SECT. I. Des obligations du dépositaire, et des actions qui en naissent, ibid.

ART. I. De la fidélité que doit avoir le dépositaire à la garde du dépôt, ibid.

Corollaire premier, ibid.

Corollaire second, 24

Corollaire troisième, 27

ART. II. Du second chef de l'obligation du dépositaire, qui consiste dans la restitution du dépôt, 29

§. I. Quelles choses sont

l'objet de la restitution du dépôt, 29
§. II. A qui la chose donnée en dépôt doit-elle être rendue, 34
§. III. Où doit se faire la restitution du dépôt, 38
§. IV. Quand doit se faire la restitution du dépôt, et pour quelles causes elle doit être retardée, 39
Art. III. De l'action *depositi directa*, 40
Sect. II. Des obligations de celui qui a donné la chose en dépôt, et de l'action *depositi contraria*, qui en naît, 46

CHAPITRE III.

De plusieurs espèces particulières de dépôts, 48
§. I. Du dépôt nécessaire, ibid.
§. II. Du dépôt de l'hôtellerie, 49
§. III. Du dépôt irrégulier, 53

CHAPITRE IV.

Du séquestre, et des dépôts judiciaires. 56
Art. I. Du séquestre conventionnel, ibid.
Art. II. Des dépôts judiciaires, 59
§. I. Des dépôts de meubles saisis, ibid.
§. II. Du séquestre judiciaire, 64
§. III. Du dépôt des choses dues, qui est ordonné ou confirmé par le juge, 65
Art. III. Des dépôts de deniers qui se font chez le receveur des consignations, ibid.
§. I. De la nature de cette consignation, 66
§. II Des effets de cette consignation, 68
§. III. De l'obligation que le receveur des consignations contracte par la consignation, 72

CONTRAT DE MANDAT.

Article préliminaire, 79

CHAPITRE PREMIER.

A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat; quelles choses sont de son essence, et quelle est sa forme, 80
Sect. I. A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat, ibid.
Sect. II. De ce qui est de l'essence du contrat de mandat, 82
Art. I. Quelles affaires peuvent être la matière du contrat de mandat, ibid.
§. I. Il faut que ce soit une affaire à faire, 82
§. II. Il faut que ce soit une affaire qui ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs, 83

§. III. Il faut que l'affaire ne soit pas quelque chose d'incertain, 85
§. IV. L'affaire doit être de nature que le mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire, 86
§. V. Il faut que ce soit une affaire qu'on puisse supposer pouvoir se faire par le mandataire, 88
§. VI. L'affaire ne doit pas concerner le seul intérêt du mandataire, 90
§. VII. Est-il nécessaire que l'affaire qui fait la matière du mandat soit l'affaire du mandant, au moins pour partie, 91
Art. II. De la volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire de s'obliger l'un envers l'autre, 93
Art. III. De la gratuité du mandat, 95
Sect. III. De la forme du contrat de mandat, et des différentes manières de le contracter, 99

CHAPITRE II.

Des obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat; et de l'action qui en naît, 103
Art. I. De l'obligation que le mandataire contracte de faire l'affaire dont il s'est chargé par le contrat, ibid.
Art. II. Du soin que doit apporter le mandataire à l'affaire qui fait l'objet du mandat, 107
Art. III. De l'obligation que le mandataire contracte envers le mandant, de lui rendre compte de sa gestion, et de lui remettre ce qu'il en retient, 111
§. I. Du compte que doit rendre le mandataire, ib.
§. II. De la restitution que le mandataire doit faire au mandant, de tout ce qui lui est parvenu de sa gestion, 115
Art. IV. De l'action qui naît des obligations du mandataire, 116

CHAPITRE III.

Des obligations du mandant; et quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, ou en être sorti, 119
Sect. I. De l'obligation que contracte le mandant, d'indemniser le mandataire, ibid.
Art. I. De l'obligation de rembourser le mandataire, 120
§. I. Il faut que le mandataire ait déboursé quelque chose, ibid.
§. II. Il faut que ce que le mandataire a déboursé, l'ait été *ex causâ mandati*, 128
§. III. Il faut que ce ne soit pas la faute du mandataire qui ait donné lieu aux déboursés qu'il a faits pour sa gestion, 133
Art. II. De l'obligation que contracte le mandant de

procurer au mandataire la décharge des obligations que ce mandataire a contractées pour l'exécution du mandat, 134
Art. III. De l'action qui naît des obligations du mandant, 136
Sect. II. Des obligations que le mandant contracte envers les tiers avec lesquels son mandataire contracte en exécution du mandat, 140
Sect. III. Quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, et quand paroît-il en être sorti, 141
Premier cas. Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire portée par le mandat, sans que le mandant lui eût prescrit aucune condition dont il se soit écarté, 142
Second cas. Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandat, et à des conditions plus avantageuses que celles prescrites par le mandat, 143
Troisième cas. Lorsque le mandataire a fait l'affaire dont il a été chargé, mais à des conditions plus dures que celles qui lui ont été prescrites par le mandat, ibid.
Quatrième cas. Lorsque le mandataire a fait une partie de ce qui est porté par le mandat, 145
Cinquième cas. Lorsque le mandataire a fait ce dont il étoit chargé par le mandat, et quelque chose de plus, 146
Sixième cas. Lorsque le mandataire a fait une autre affaire que celle portée par le mandat, 147
Septième cas. Lorsque le mandataire a fait, non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il étoit chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer un autre pour la faire, 148
Huitième cas. Lorsqu'un mandataire a fait seul ce qu'il étoit chargé de faire conjointement avec un autre, ou par le conseil d'un autre, 149

CHAPITRE IV.

De quelles manières le mandat finit, 150
§. I. De la mort du mandataire. 151
§. II. De la mort du mandant, 152
§. III. Du changement d'état du mandant, 156
§. IV. De l'extinction du mandat par la cessation du pouvoir du mandant, 157
§. V. De la révocation du mandat, 158
§. VI. De la répudiation du mandat par le mandataire, 163

CHAPITRE V.

De quelques espèces particulières de mandat et de mandataires, ibid.

Art. I. Des mandats qui ont pour objet quelque affaire judiciaire, et des procureurs *ad lites*, 164
§. I. De la nature du mandat *ad litem*, 165
§. II. Quel est l'objet du mandat *ad litem*, et quelles personnes en peuvent être chargées, ibid.
§. III. Comment se contractent les mandats *ad litem*; et du désaveu, 167
§. IV. Des obligations des procureurs envers leurs clients, 169
§. V. Des obligations des clients envers leurs procureurs; de l'hypothèque des procureurs, et de la distraction des condamnations de dépens que les procureurs ont droit d'obtenir, 171
§. VI. Des manières dont finit le mandat *ad lites*, 177
Art. II. Des procureurs *omnium bonorum*, 179
§. I. Ce que c'est; et s'il y en a plusieurs espèces, ibid.
§. II. De ce que comprennent les procurations générales, 183

APPENDICE.

Du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, 198
Sect. I. Quelles choses sont requises pour former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, ibid.
Art. I. Il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la matière du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et qu'il y ait deux personnes, dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartenoit, 199
Art. II. Il faut, pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite sans son ordre et à son insu, 203
§. I. Il faut que ce soit sans son ordre, ibid.
§. II. Il faut, pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite à son insu, 204
Art. III. Il faut que celui qui s'est porté à faire l'affaire d'un autre, l'ait faite avec l'intention de faire l'affaire de celui qu'elle concernoit, et de répéter de lui les frais de sa gestion, 208
Premier cas. Lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne, a eu l'intention, en la faisant, de faire l'affaire de cette personne, et de répéter d'elle les frais de sa gestion, ibid.
Second cas. Lorsque je fais votre affaire, croyant ne faire que la mienne, 209
Troisième cas. Lorsque j'ai fait une affaire que je croyois être l'affaire de Pierre, dans la seule vue de faire l'affaire de Pierre, quoique cette affaire fût votre affaire, et ne concernât nullement Pierre, 214
Quatrième cas. Lorsque j'ai fait une affaire qui concer-

noit plusieurs personnes, n'ayant en vue, en la faisant, que de faire l'affaire de l'une d'elles, 215
Cinquième cas. Lorsque j'ai fait l'affaire d'une personne comptant faire son affaire, mais sans intention de répéter les frais de ma gestion, et dans la vue de l'en gratifier, 216
Sect. II. Des obligations que forme le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et des actions qui en naissent, 219
Art. I. De l'obligation du *negotiorum gestor*, et de l'action *negotiorum gestorum directâ*, qui en naît, 220
Art. II. De l'obligation que celui dont on a fait quelque affaire sans son ordre, contracte envers celui qui l'a faite; et de l'action qui en naît, 224
§. I. Quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît, ibid.
§. II. Quand y a-t-il lieu à cette obligation, et à l'action qui en naît, 232
§. III. Ce qu'il y a de préalable pour intenter l'action *contraria negotiorum gestorum*, et quels en sont les objets, 237

CONTRAT DE NANTISSEMENT.

Article préliminaire, 239

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement; à quelles classes de contrats il appartient, et des clauses que les lois réprouvent dans ce contrat, 240
Art. I. De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement, ibid.
§. I. Des choses qui peuvent être l'objet du contrat de nantissement, 241
§. II. De la tradition, 243
§. III. Il faut que la fin pour laquelle la chose est donnée, soit pour que celui à qui elle est donnée, la détienne pour sûreté de sa créance, 244
Art. II. A quelles classes de contrats appartient le contrat de nantissement, 245
Art. III. Des clauses que les lois ont réprouvées dans le contrat de nantissement, 247

CHAPITRE II.

Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement; des obligations qu'il contracte par le contrat de nantissement; et de l'action *pignoratitia* qui en naît, 250
Art. I. Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement, ibid.

Art. II. Des obliga tions du créancier à qui la chose a étéd onnée en nantissement, 253
Art. III. De l'action *pignoratitia directa*, 257
§. I. Quels sont les objets de l'action *pignoratitia directa*, ibid.
§. II. Quand y a-t-il ouverture à l'action *pignoratitia directa*, 259
§. III. Si l'action *pignoratitia directa* est sujette à prescription, 264

CHAPITRE III.

Des obligations que contracte, par le contrat de nantissement, celui qui donne la chose en nantissement; et de l'action *contraria pignoratitia*, qui en naît, 265

CONTRAT D'ASSURANCE.

Article préliminaire, 270

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat d'assurance; et quelles sont les choses qui sont de l'essence de ce contrat, 272
Sect. I. Ce que c'est que le contrat d'assurance, ibid.
Sect. II. Quelles sont les choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance, 275
Art. I. Des choses qu'on a fait assurer, 276
§. I. Il faut une chose qu'on fasse assurer, ibid.
§. II. Quelles sont les choses qu'on peut assurer, 286
Art. II. Des risques. 295
§. I. Il faut qu'il y ait un risque auquel la chose soit exposée, ibid.
§. II. Quels sont les risques dont se charge l'assureur par le contrat d'assurance, 297
§. III. Quelles sont les pertes et dommages dont les assureurs ne sont pas tenus, 308
Art. III. Des autres choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance, 315
§. I. De la somme que les assureurs s'obligent de payer, en cas de perte des choses assurées, ibid.
§. II. De la prime, 320
§. III. Du consentement, 326

CHAPITRE II.

Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance; et de la forme de ce contrat, ibid.
Sect. I. Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance, ibid.
Sect. II. De la forme du contrat d'assurance maritime, 330

CHAPITRE III.

Des obligations tant des as-

sureurs que des assurés; et des actions qui en naissent, 338
Sect. I. Des obligations des assureurs, qui naissent de la nature du contrat, et des actions qu'elles produisent, ibid.
Art. I. De l'obligation de payer la somme assurée, 339
§. I. Quelles sont les causes qui donnent ouverture à cette obligation; et de l'action qui en naît, 340
§. II. De la signification que l'assuré doit faire aux assureurs, de l'accident qui a causé la perte des effets assurés, 345
§. III. Du délaissement, 347
§. IV. De la déclaration que l'assuré, en faisant son délaissement, doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire, et de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés, 352
§. V. De la signification que l'assuré doit faire des pièces justificatives, tant du chargement et de la valeur des effets assurés, que de leur perte, 354
§. VI. Exceptions que les assureurs peuvent opposer contre la demande de la somme assurée, 360
§. VII. De la condamnation qui intervient sur cette action; du terme qu'ont les assureurs pour payer la somme assurée, et des déductions qu'ils peuvent faire, 364
Art. II. De l'obligation d'indemniser des avaries, 365
Art. III. De l'obligation que contractent les assureurs, en assurant la liberté d'une personne; et de l'action qui en naît, 369
Sect. II. Des obligations de l'assuré, qui naissent de la nature du contrat, 373
Sect. III. Des obligations que forme la bonne foi entre les parties dans le contrat d'assurance, 382
Sect. IV. Des juges qui doivent connoître des contestations auxquelles peuvent donner lieu les obligations qui naissent du contrat d'assurance, 385

CONTRAT DE PRÊT.

Article premier, 389
Art. II. De ce qui compose la substance du contrat de prêt à la grosse aventure, 392
§. I. De la somme prêtée, ibid.
§. II. Des choses sur lesquelles se fait le prêt à la grosse, 393
§. III. Des risques, 398
§. IV. Du profit maritime, 401
§. V. Du consentement, 402
Art. III. De la forme du contrat de prêt à la grosse, 404
Art. IV. De l'obligation que forme le contrat à la grosse; de la condition dont elle dé-

pend, et de l'action qui en naît, 406
§. I. De l'obligation que forme le contrat à la grosse; et de la condition dont elle dépend, 406
§. II. De l'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur par le contrat à la grosse, 418

CONTRAT DU JEU.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE, 422

CHAPITRE PREMIER.

Si le jeu est mauvais par le droit naturel, 424
SECT. I. Du contrat que renferme le jeu considéré en lui-même, et sans rapport à la fin, ibid.
ART. I. Si le jeu considéré en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, est mauvais, ibid.
ART. II. Quelles conditions doivent être observées dans le jeu, pour qu'il ne s'écarte pas des règles de la justice, 428
§. I. Il faut que chacun des joueurs ait droit de disposer de la somme qu'il joue, ibid.
§. II. Du libre consentement des joueurs, 430
§. III. De l'égalité qui est requise dans le contrat du jeu, 436
§. IV. De la fidélité que les joueurs doivent apporter au jeu, 442
SECT. II. Du jeu considéré par rapport à la fin pour laquelle on joue, 444
§. I. Des fins qu'on peut avoir dans le jeu désintéressé, 445
§. II. De la fin que peuvent avoir les joueurs dans les jeux intéressés, 445

CHAPITRE II,

Où l'on rapporte les lois romaines et les nôtres sur le jeu, 451
§. I. Lois romaines, ibid.
§. II. Des lois des Rois de France, 453

CHAPITRE III.

Si le jeu produit quelque obligation; et si l'on est obligé de restituer ce qu'on a gagné au jeu, à ceux qui ont perdu, 455
§. I. Examen de la question dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu, sans néanmoins accorder aux perdants la répétition des sommes perdues au jeu, 457
§. II. Examen de la question dans un pays où il y auroit une loi en vigueur qui donneroit aux perdants une action pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu, contre les gagnants qui les ont reçues, 464

FIN DE LA TABLE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE DÉPÔT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le *dépôt* est un contrat par lequel l'un des contractants donne une chose à garder à l'autre, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de la rendre lorsqu'il en sera requis.

Celui qui donne la chose à garder, s'appelle le *déposant;* celui qui la reçoit, s'appelle le *dépositaire.*

Le terme de *dépôt* se prend non-seulement pour le contrat de dépôt, il se prend aussi pour les choses qui ont été déposées.

Ulpien nous apprend l'étymologie de ce *dépôt* (DEPOSITUM). Il est composé de *positum* et de la préposition *de*, qui est de la nature de celles qui augmentent la force du verbe devant lequel elles sont mises, comme dans ces mots, *deamare*, *deprecari*, *derelinquere*, et autres. *Depositum*, nous dit-il, *dictum ab eo quod ponitur*, c'est-à-dire de ce que par le depôt on met la chose ès mains du dépositaire; et la préposition *de* marque la plenitude de confiance avec laquelle elle y est mise : *Præpositio enim* DE (ajoute-t-il) *aget depositum*, *ut ostendat*, *totum fidei ejus commissum quod ad custodiam rei pertinet;* l. 1, ff. *depos.*

Il y a deux principales espèces de dépôt; le *dépôt simple* et le *séquestre.*

Le *dépôt simple* est lorsqu'il n'y a qu'un déposant. Lorsque plusieurs personnes déposent en commun une chose à laquelle elles ont un intérêt commun, elles ne sont censées faire toutes ensemble qu'un déposant; et le dépôt qu'elles font est un dépôt simple.

Le *séquestre* est le dépôt qui est fait par deux déposants qui ont des intérêts différents, à la charge de rendre la chose à qui il sera jugé qu'elle devra être rendue.

Nous traiterons, dans les trois premiers chapitres, du dépôt simple : dans le premier, de sa nature ; dans le second, des obligations et des actions qui en naissent; et dans le troisième, de quelques espèces particulières de ce dépôt. Dans le quatrième chapitre, nous traiterons du séquestre et des dépôts judiciaires.

CHAPITRE PREMIER.

De la nature du contrat de dépôt.

Nous verrons, dans un premier article, quelles sont les choses qui peuvent être la matière du contrat de dépôt, et entre quelles personnes il peut intervenir; dans un second, ce qui est nécessaire pour former le contrat de dépôt; dans un troisième, à quelles classes de contrats il doit être rapporté.

ARTICLE PREMIER.

Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt, et entre quelles personnes il peut intervenir.

§. I. Quelles choses peuvent être la matière du contrat de dépôt.

2. Il n'y a que les choses corporelles qui soient susceptibles du contrat de dépôt, et qui en puissent être la matière; car il n'y a que les choses corporelles qui soient susceptibles de garde ; les choses incorporelles, comme

sont les droits de créance, de servitude, etc., ne le sont pas : mais les titres de ces droits de créance et autres, *ipsa instrumentorum corpora*, peuvent, de même que les autres choses corporelles, être la matière du contrat de dépôt.

3. Entre les choses corporelles, les meubles sont la matière, au moins la plus ordinaire, du contrat de dépôt; et c'est même une question entre les docteurs, si les meubles seuls en peuvent être la matière, ou si un immeuble, *putà*, une maison, peut aussi être susceptible du contrat de dépôt simple. Ceux qui tiennent qu'un immeuble peut être susceptible de ce contrat, allèguent pour leur opinion plusieurs lois qui sont dans le cas de la séquestration, et dont on ne peut, par conséquent, rien conclure pour le dépôt simple.

On tire argument, pour l'opinion contraire, de l'étymologie du terme de dépôt, qui est appelé ainsi, *ex eo quod ponitur*, c'est-à-dire de ce que la chose dont on confie, par ce contrat, la garde à quelqu'un, est mise ès mains de celui à qui on la confie; ce qui ne peut convenir qu'aux meubles.

Cet argument ne me paroît pas concluant. Le contrat par lequel on confie à quelqu'un la garde d'une chose, a pu recevoir le nom de dépôt, sans qu'il soit pour cela de l'essence de ce contrat que la chose soit réellement et de fait *posée* et mise entre les mains du dépositaire. Il suffit que ce contrat, qui presque toujours a des meubles pour objets, ne se forme ordinairement que par la remise de la chose entre les mains de celui à qui la garde en est confiée; car les choses prennent leur dénomination *ex eo quod frequentiùs fit*. Ainsi, on ne peut pas tirer de l'étymologie du dépôt un argument solide pour soutenir que les choses qu'on peut remettre ès mains de celui à qui on en confie la garde, sont les seules qui soient susceptibles de ce contrat, et que les immeubles n'en soient pas susceptibles.

La meilleure raison qu'on peut apporter pour soutenir que les immeubles ne sont pas susceptibles du contrat de dépôt, est que ce qui caractérise essentiellement ce contrat, est la fin pour laquelle l'un des contractants confie une chose à l'autre. Il faut que ce soit pour la garder, afin que le dé-

posant la trouve chez le dépositaire lorsqu'il en aura besoin. Mais si elle est donnée pour une autre fin, c'est une autre espèce de contrat. Or, une chose immeuble, telle qu'est une maison, n'est pas de nature que celui à qui elle appartient puisse jamais avoir besoin de la donner en garde à quelqu'un pour qu'il puisse la retrouver : donc elle n'est pas susceptible du contrat de dépôt.

C'est pourquoi lorsque quelqu'un, en partant pour quelque voyage, confie à son ami les clefs de sa maison, le dépôt qu'il a fait à son ami est un dépôt de ses clefs, ou même encore des meubles qui sont gardés sous ces clefs dans la maison; mais ce n'est pas un dépôt de la maison elle-même qui, ne pouvant être déplacée, n'a pas besoin qu'on la garde.

Si la fin qu'il s'est proposée a été aussi que cet ami visitât la maison de temps en temps, pour examiner s'il ne survient pas quelques réparations à y faire, et les faire faire, s'il en survient; cette fin étant une fin qui excède les termes d'une simple garde, ce contrat est, par rapport à la maison, un contrat de mandat, et non pas un dépôt de la maison.

4. Il nous reste à observer sur les choses qui sont susceptibles du contrat de dépôt, qu'on ne peut pas valablement donner à titre de dépôt une chose qui appartient à celui à qui on la donne à ce titre. C'est pourquoi si j'ai reçu par erreur, à titre de dépôt, une chose que j'ignorois m'appartenir, le contrat est nul de plein droit, et ne produit aucune obligation : *Qui rem suam deponi apud se patitur, vel utendam rogat, nec depositi, nec commodati actione tenetur;* l. 15, ff. *depos.*

Quand même le dépôt auroit été valablement contracté, parceque la chose donnée en dépôt est une chose dont le dépositaire n'étoit pas alors propriétaire; si depuis ce dépositaire l'est devenu en devenant l'héritier du propriétaire, ce domaine de la chose donnée en dépôt détruit absolument le contrat de dépôt, et les obligations qui naissent de ce contrat. C'est pourquoi le dépositaire, en justifiant sommairement du droit de propriété de cette chose, qui lui est survenu, n'est pas tenu de la rendre. Cela est conforme à

cette règle de droit : *Etiam ea quæ rectè constiterunt resolvuntur, quùm in eum casum reciderunt à quo non potuissent consistere;* l. 98, ff. *de verb. obl.* Bruneman, *ad* l. 1, §. *fin.* ff. *depos.; et ad* l. 15, ff. *d. tit.*

Ce principe que le dépôt n'est pas valable lorsque le dépositaire se trouve être le propriétaire de la chose qui lui a été donnée en dépôt, souffre exception dans le cas auquel celui qui a donné une chose à titre de dépôt au propriétaire de la chose, auroit eu le droit de retenir une chose par-devers lui. Par exemple, l'usufruitier d'une chose, ou celui à qui elle a été donnée en nantissement, peut valablement la donner à titre de dépôt au propriétaire de la chose.

§. II. Entre quelles personnes le contrat de dépôt peut-il intervenir?

5. Le contrat de dépôt n'a rien à cet égard de particulier : il peut intervenir entre toutes les personnes qui sont capables de contracter, et il ne peut intervenir entre celles qui en sont incapables; sur quoi, voyez notre *Traité des Obligations*, *part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 4.

C'est pourquoi si je reçois une chose d'un enfant qui n'a pas encore l'usage de raison, ou d'un insensé, ce n'est pas un contrat de dépôt de cette chose, qui intervient entre nous, ne pouvant pas y avoir de contrat entre des parties dont l'une n'est pas capable de consentement, ni par conséquent de contracter. C'est le quasi-contrat *negotiorum gestorum,* lorsque j'ai reçu cette chose dans une bonne intention, pour qu'elle ne se perdît pas entre les mains de cet enfant ou de cet insensé, et avec la volonté de la remettre à ses parens, ou à son tuteur, ou à son curateur. Si j'avois reçu la chose avec une mauvaise intention, pour l'appliquer à mon profit, ce seroit un vol que j'aurois commis de cette chose.

6. Pareillement, lorsque la personne qui m'a donné une chose à garder est incapable de contracter par la loi civile; *putà,* si c'est une femme sous puissance de mari, qui, sans être autorisée de son mari, m'a donné cette chose à garder, ce n'est point, dans le for extérieur, un contrat de dépôt; mais je contracte en ce cas envers son mari, ou

l'obligation *negotiorum gestorum*, si je reçois la chose dans le dessein de la lui rendre, ou l'obligation *furti*, si je la reçois dans l'intention de favoriser le divertissement de cette chose.

Vice versâ, si j'ai donné une somme de deniers ou quelque autre chose à garder à une femme sous puissance de mari, non autorisée pour la recevoir, il n'y a pas de contrat de dépôt dans le for extérieur, dans lequel cette femme est réputée incapable de contracter. Mais, si la chose est encore entre ses mains, je puis l'entiercer, et la revendiquer contre son mari : quoiqu'elle n'y soit plus, si elle en a profité, j'ai action pour la restitution, jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité. Cet action n'est pas l'action de *dépôt*, le contrat étant nul; mais c'est une action qui naît de la règle d'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'un autre; voyez notre *Traité des Obligations, n.* 123.

ARTICLE II.

De ce qui est nécessaire pour former le contrat de dépôt.

Il faut, 1° qu'il soit fait au dépositaire une tradition de la chose déposée, si elle n'est déjà par-devers lui; 2° que la fin principale de la tradition soit la garde de cette chose; 3° que le dépositaire se charge gratuitement de cette garde; 4° il faut, comme dans tous les contrats, que le consentement des parties intervienne.

§. I. Il faut qu'il intervienne une tradition de la chose déposée.

7. Le contrat de dépôt est un contrat *réel*, qui ne peut se faire que par la tradition que le déposant fait au dépositaire, de la chose dont il lui confie la garde.

Le déposant est censé faire cette tradition au dépositaire, soit qu'il la fasse par lui-même, soit qu'elle soit faite en son nom par un autre, de son ordre, ou avec son approbation.

Pareillement, la tradition est censée faite au dépositaire, soit que le dépositaire reçoive par lui-même la chose, soit qu'elle soit reçue en son nom par un autre, de son ordre, ou avec son approbation.

8. Lorsque la chose est déjà par-devers celui à qui on veut la donner en dépôt, il est évident qu'on ne peut lui faire une tradition réelle de cette chose; car il est impossible, *per rerum naturam*, qu'on fasse à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a par-devers lui. Mais en ce cas, le dépôt peut se faire par une tradition feinte, que les docteurs appellent *traditio brevis manûs*, parcequ'elle renferme, *brevi compendio*, l'effet de deux traditions.

Un premier exemple d'un dépôt qui se contracte par cette tradition feinte, c'est lorsque, m'ayant offert de me rendre une chose que vous teniez de moi à titre de prêt ou de louage, nous convenons que vous la garderez à titre de dépôt. Cette convention renferme un véritable contrat de dépôt; et ce contrat se fait par une tradition feinte de cette chose, qui renferme l'effet de deux traditions : car on feint que vous m'avez rendu la chose que je vous avois prêtée ou louée, et que depuis je vous l'ai de nouveau délivrée pour la garder à titre de dépôt.

Un second exemple, c'est lorsqu'un débiteur voulant payer une somme de deniers qu'il doit, son créancier convient avec lui qu'il la retiendra par forme de dépôt, en donnant un bordereau des espèces dans lesquelles il entendoit payer cette somme. Cette convention contient un véritable contrat de dépôt des espèces comprises au bordereau, qui se forme par une tradition feinte, par laquelle on feint que le débiteur a payé ces espèces au créancier, et que le créancier les lui a depuis délivrées, pour les garder à titre de dépôt.

Cette tradition feinte, en ce cas, a la force de transférer au créancier le *dominium* de ces espèces qu'en avoit le débiteur, qui n'en est plus que le dépositaire.

§. II. Il faut que la principale fin pour laquelle la tradition se fait, soit la garde de la chose.

9. Pour que le contrat par lequel l'un des contractants fait à l'autre la tradition d'une certaine chose, soit un contrat de dépôt, il faut que la principale fin de la tradition

soit uniquement que celui à qui la tradition est faite se charge de la garde de cette chose.

Cette fin est le caractère essentiel du contrat de dépôt, qui le distingue des autres contrats.

Lorsque la tradition se fait pour une autre fin, ce n'est pas un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat. Par exemple, si la tradition est faite pour transférer à celui à qui elle est faite la propriété de la chose, c'est une donation, ou une vente, ou un échange, ou quelque autre contrat semblable. Si c'est pour lui en accorder seulement l'usage pour son utilité, c'est un prêt ou un louage. Si c'est afin de faire quelque chose pour l'utilité de celui qui en fait la tradition, c'est, ou un *louage*, si celui à qui la tradition est faite reçoit pour cela une *rétribution;* ou un *mandat*, s'il s'en charge gratuitement.

Par exemple, si je donne à mon procureur des titres, afin qu'il s'en serve pour la défense de ma cause, ce n'est point un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat, parce que je ne les lui donne pas uniquement *custodiæ causâ*, mais pour qu'il s'en serve à la défense de ma cause : *Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causæ reddat, quâ actione mihi teneatur? Labeo putat mandati eum teneri, nec esse probabilem sententiam existimantium ex hâc causâ agi depositi;* l. 8, ff. *mand.*

Pareillement, lorsque je donne à quelqu'un de l'argent ou d'autres choses, pour qu'il les porte dans un autre lieu, ce n'est pas un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat; car je ne les donne pas pour qu'on me les garde, *custodiæ causâ duntaxat*, mais pour qu'on les transporte dans le lieu où je les envoie.

Il y a plus : quand même dans le contrat par lequel je vous aurois mis ès mains une chose pour la porter à une personne, j'aurois ajouté que, si cette personne ne vouloit pas la recevoir, vous me la garderiez, et que, sur son refus, vous l'ayez effectivement gardée, le contrat intervenu entre nous doit passer pour un contrat de mandat, et non pour un contrat de dépôt, parce que la principale fin pour la-

quelle je vous ai remis ès mains la chose, n'a pas été pour que vous la gardassiez, mais pour que vous la portassiez à cette personne ; ce n'est que *secundariò* que vous avez été chargé de la garder : *Si rem tibi dedi* (ut eam ad Titium perferres, et) *ut si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit.... puto mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiæ legem;* l. 1, §. 12, ff. *depos.*

Pareillement, si je vous ai chargé de retirer une chose que j'avois mise en dépôt chez une autre personne, et de la garder, ce n'est pas un contrat de dépôt, mais un contrat de mandat, quoique par ce contrat je vous aie chargé de la garde de ma chose; parce que le principal objet du contrat n'a pas été de vous charger de cette garde, mais de vous charger de retirer la chose de la personne chez qui elle étoit : *Pomponius quærit si tibi mandavero ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis? et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus; d.* l. 1, §. 13 (1).

10. Il est très-important de bien distinguer ces contrats, les prestations auxquelles est tenu un mandataire étant bien différentes de celles auxquelles est tenu un dépositaire, comme nous le verrons par la suite.

On doit, pour les bien distinguer, s'attacher à cette règle proposée par Ulpien : *Uniuscujusque contractûs initium spectandum et causa;* l. 8, ff. *mand.*

De même que, suivant cette règle, lorsque la fin principale pour laquelle la tradition de la chose a été faite, n'a pas été de confier la garde de cette chose à celui à qui elle a été faite, quoiqu'il ait été aussi *secundariò* chargé de cette garde, le contrat n'est pas un contrat de dépôt, mais une autre espèce de contrat, comme nous l'avons vu dans les espèces précédentes; de même, *vice versâ*, lorsque la fin principale pour laquelle la tradition de la chose a été faite, a été de confier la garde de la chose à celui à qui elle a

(1) *Id est, hoc primùm principale fuit in contractu ut eam reciperes; secundariò duntaxat custodia tibi fuit mandata.*

été faite, le contrat ne laissera pas d'être un vrai contrat de dépôt, quoiqu'on ait ajouté à ce contrat quelque autre convention, *putà*, que le dépositaire pourroit se servir de la chose qui lui auroit été déposée, s'il arrivoit qu'il en eût besoin.

Par exemple, si étant sur le point de partir pour un long voyage, j'ai fait porter chez vous mon argenterie, que je vous ai prié de garder : quoiqu'en la confiant à votre garde, je vous aie permis de vous en servir, s'il arrivoit que vous en eussiez besoin, le contrat n'en est pas moins un contrat de dépôt, et non un contrat de prêt à usage; et quoique vous ayez usé de la permission que je vous ai donnée, et que vous vous soyez servi de mon argenterie, *putà*, pour le festin des noces de votre fille, que vous avez mariée pendant mon absence, le contrat intervenu entre nous continue toujours d'être un contrat de dépôt, et n'est pas transformé en un contrat de prêt à usage ; vous continuez toujours d'être dépositaire de mon argenterie, plutôt que commodataire : *Uniuscujusque enim contractûs initium spectandum et causa.*

11. Lorsque c'est de l'argent, ou d'autres choses qui se consomment par l'usage, que je vous ai données en garde, avec la clause que vous pourriez vous en servir si vous en aviez besoin, cette clause n'empêche pas, à la vérité, que le contrat ne soit un contrat de dépôt, tant que vous ne vous en êtes pas servi : *Si pecunia apud te ab initio hâc lege deposita sit, ut si voluisses, utereris, priusquàm utaris, depositi teneberis;* l. 1, §. 34, ff. *depos.* Mais, lorsque vous vous en serez servi, la consomption que vous en aurez faite de mon consentement, et suivant la permission que je vous ai donnée, aura formé le contrat *mutuum*, et ne laissera plus subsister le contrat de dépôt, ne pouvant plus y avoir de dépôt d'une chose qui a cessé d'exister par la consomption que vous en avez faite : c'est pourquoi la loi dit : *priusquàm utaris.*

12. L'unique fin pour laquelle la tradition de la chose se fait dans le contrat de dépôt, étant d'en confier la garde au dépositaire, il s'ensuit que le déposant, par cette tradition,

ne se dépouille ni de la propriété, ni même de la possession de la chose déposée, et qu'il continue de la posséder par le dépositaire, qui ne la tient que pour le déposant, et au nom du déposant : *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio;* l. 17, §. 1, ff. *depos.*

§. III. Il faut que celui à qui la garde de la chose est confiée s'en charge gratuitement.

13. Le contrat de dépôt est un contrat de bienfaisance : il renferme un office d'ami que le dépositaire rend au déposant. De là il suit que, pour que le contrat par lequel on confie la garde d'une chose à quelqu'un soit un contrat de dépôt, il faut que celui à qui on la confie s'en charge gratuitement; car, si par le contrat il exige quelque rétribution pour sa garde, le contrat n'est plus un contrat de bienfaisance, il ne renferme plus un service d'ami. Ce n'est pas par conséquent un contrat de dépôt, c'est une autre espèce de contrat; c'est un contrat de louage, par lequel le gardien loue sa garde pour le prix convenu.

Suivant ces principes, Ulpien décide : *Si vestimenta servanda balneatori data perierunt, siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri.... si accepit, ex conducto;* l. 1, §. 8, ff. *depos.*

La même distinction se trouve dans les paragraphes suivans de cette loi.

Quoiqu'il soit de l'essence du contrat de dépôt d'être gratuit de la part du dépositaire, néanmoins les présens que le dépositaire reçoit du déposant, en reconnoissance du bon office qu'il lui rend en se chargeant de la garde de la chose, n'altèrent point la nature du contrat de dépôt; il suffit que le dépositaire ne les ait pas exigés, pour que le dépôt soit gratuit de la part du dépositaire, et pour que le contrat soit en conséquence un vrai contrat de dépôt.

§. IV. Du consentement des parties qui doit intervenir dans le contrat de dépôt.

14. Le consentement des parties est de l'essence du

contrat de dépôt, de même que de tous les autres contrats.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que ce consentement soit exprès, et qu'il soit déclaré par des paroles ou par des écrits. Un consentement tacite suffit, de même que pour tous les autres contrats qui ne sont régis que par le droit naturel. Ce consentement tacite dans le contrat de dépôt résulte de ce que le déposant a porté ou fait porter une chose, et l'a laissée chez le dépositaire, au vu et su de ce dépositaire, qui l'a souffert. Ulpien le décide en la loi 1, §. 8, ff. *Nautæ, Caup. Stab.*, à l'égard du dépôt fait à un maître de navire : *An hoc ipso quòd res in navem missæ sunt, receptæ videantur? Puto omnium eum recipere custodiam quæ in navem illatæ sunt.* On doit pareillement le décider dans toutes les autres espèces de dépôt. Par exemple, si un écolier, à qui il n'est pas permis d'entrer dans les écoles avec son épée, met son épée dans la boutique d'un cordonnier, voisine des écoles, au vu et su de ce cordonnier, il en résulte un consentement tacite, qui suffit pour former un contrat de dépôt entre l'écolier et le cordonnier.

15. Le consentement des parties, dans le contrat de dépôt, de même que dans tous les autres contrats, doit intervenir sur le contrat même; c'est-à-dire qu'il faut que l'une et l'autre parties aient la volonté de faire un contrat de dépôt. Il faut que celui qui donne la chose à l'autre, ait la volonté de la lui donner pour la garder; et que celui qui la reçoit, ait la volonté de la recevoir pour la garder. Mais si l'une des parties compte faire un certain contrat, et que l'autre s'imagine faire un contrat d'une autre espèce, il n'intervient entre elles aucun contrat, faute de consentement. Par exemple, *Si ego quasi deponens tibi dedero* (certam pecuniæ quantitatem), *tu quasi mutuam accipias, nec depositum, nec mutuum est;* l. 18, § 1, ff. *de reb. cred.*

Je n'aurai donc pas, en ce cas, contre vous l'action *depositi*, pour répéter de vous la somme de deniers que je vous ai comptée, croyant vous la donner en dépôt; mais j'aurai ou la revendication des espèces, si vous les avez en-

core en nature, ou une action personnelle pour que vous me rendiez une pareille somme, si vous les avez employées; laquelle action ne naît ni d'un contrat de dépôt, ni d'un contrat *mutuum*, puisque ni l'un ni l'autre contrat n'est intervenu, mais de la règle d'équité qui ne permet pas que vous vous enrichissiez et que vous profitiez de cette somme à mes dépens. C'est ainsi qu'il faut entendre ce qui est dit à la fin de cette même loi : *Consumptis nummis condictioni locus erit; d.* §. 1.

16. Le consentement des parties doit intervenir, dans le contrat de dépôt, sur la chose qui en fait l'objet. Pour qu'il soit censé intervenu, il suffit que le déposant ait eu la volonté d'obliger le dépositaire à rendre précisément *in individuo*, la même chose qu'il lui a donnée à garder, quelle qu'elle soit; et que le dépositaire ait eu pareillement la volonté de s'obliger à rendre cette même chose *in individuo :* et il n'importe que l'une ou l'autre partie se soit trompée sur la quantité ou la qualité de la chose qu'elle donnoit ou recevoit en dépôt : car ce n'est pas ce que l'une ou l'autre des parties a pu croire, par erreur, donner ou recevoir en dépôt, qui fait l'objet du dépôt, et de l'obligation de ce contrat; mais c'est ce qui a effectivement été donné en dépôt. C'est pourquoi, dès que les parties sont convenues que le dépositaire rendroit au déposant précisément la même chose *in individuo* qu'il a reçue, il est vrai de dire que leur consentement est intervenu sur la chose qui fait l'objet du dépôt et de l'obligation du dépôt, quelle qu'ait pu être l'opinion de l'une ou de l'autre des parties sur la qualité ou la quantité de cette chose.

17. De même que l'erreur sur la qualité et quantité de la chose qui fait la matière du dépôt n'empêche pas le contrat de dépôt d'être valable, pareillement l'erreur sur la personne de l'un des contractants n'empêche pas non plus le contrat d'être valable.

Par exemple, si j'ai donné une chose à garder à Pierre, que je prenois pour Paul, le contrat n'en sera pas moins valable; et celui qui a reçu de moi la chose pour me la

garder, n'en sera pas moins obligé à me la rendre, quoique je l'aie pris pour un autre : car ce n'est pas tant la personne de Paul, à qui je croyois par erreur donner la chose à garder, que j'ai eu volonté d'obliger à me la rendre, que celui à qui je l'ai effectivement donnée, quel qu'il fût, soit qu'il fût Paul, soit qu'il fût Pierre, ou autre.

Vice versâ, si j'ai reçu de vous une chose pour la garder, vous prenant pour Pierre, quoique vous fussiez Paul, le contrat n'en est pas moins valable, et je ne suis pas moins obligé à vous rendre cette chose; car j'ai eu intention de m'obliger à la rendre à celui qui me la donnoit en garde, quel qu'il fût.

ARTICLE III.

A quelles classes de contrats doit-on rapporter le contrat de dépôt?

18. Le contrat de dépôt est de la classe de ceux qui se régissent par le pur droit naturel. C'est de ce droit que sont prises toutes les règles de ce contrat; il n'est assujetti, par le droit civil, à aucune règle ni à aucune forme. Si les ordonnances portent qu'il en sera fait un acte par écrit, lorsque l'objet de ce contrat excédera la somme de cent livres, c'est une forme qui ne concerne pas la substance de ce contrat, mais seulement la manière de le prouver, lorsqu'on en disconvient, et qui d'ailleurs n'est pas particulière à ce contrat, mais qui a lieu à l'égard de tous les autres contrats. Voyez notre *Traité des Obligations*, *n.* 15.

19. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats de bienfaisance; car il ne se fait que pour l'utilité de l'une des parties, qui est le déposant. L'autre partie, qui est le dépositaire, n'a aucun intérêt au contrat; il n'y intervient que pour rendre un office d'ami au déposant, et il doit être gratuit; *suprà*, *n.* 13.

20. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats *réels* : il ne peut pas être formé par le seul consentement des parties; il ne peut l'être que par la tradition de la chose qui fait l'objet du contrat. Voyez *suprà*, *n.* 7 *et* 8.

21. Le contrat de dépôt est de la classe des contrats *sy-*

nallagmatiques ; car il produit des obligations réciproques que chacun des contractants contracte l'un envers l'autre.

Mais il est de celle des contrats *synallagmatiques* imparfaits ; car il n'y a que l'obligation de l'une des parties, savoir celle du dépositaire, qui soit l'obligation principale de ce contrat ; celles du déposant ne sont que des obligations incidentes. Voyez notre *Traité des Obligations, n.* 9.

CHAPITRE II.

Des obligations que produit le contrat de dépôt, et des actions qui en naissent.

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations du dépositaire, et des actions qui en naissent.

22. L'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt envers le déposant, est la principale obligation de ce contrat.

Elle a deux chefs principaux ; car le dépositaire s'oblige, 1° à garder avec fidélité la chose qui lui a été confiée ; 2° à la rendre au déposant, lorsqu'il la demandera. Ces deux chefs d'obligation occuperont les deux premiers articles de cette section : nous traiterons, dans un troisième, de l'action qui en naît.

ARTICLE PREMIER.

De la fidélité que doit avoir le dépositaire à la garde du dépôt.

23. Le premier chef d'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt, est de garder avec fidélité la chose dont la garde lui a été confiée.

COROLLAIRE PREMIER.

La fidélité que le dépositaire s'oblige d'apporter à la garde de la chose qui lui a été confiée, l'oblige à apporter le même soin à la garde des choses qui lui ont été confiées, qu'il apporte à la garde des siennes : *Nec enim salvâ fide*

minorem iis (rebus apud se depositis), *quàm suis rebus diligentiam præstabit*; l. 32, ff. *depos.*

Une négligence crasse du dépositaire, par rapport à la garde de la chose qui lui a été confiée, qu'on appelle *lata culpa*, est contraire à cette fidélité, parce qu'il n'est pas croyable que le dépositaire, quelque peu soigneux qu'on le suppose, eût apporté une pareille négligence dans ses propres affaires. C'est pourquoi, quoique la loi 18, ff. *de R. Jur.*, et la loi 5, §. 1, ff., *commod.*, disent que dans le contrat de dépôt, le dépositaire n'est tenu que du dol, c'est-à-dire du défaut de bonne foi (*Quidam contractus dolum tantùm recipiunt, ut depositum; d.* l. 18. *In contractibus interdùm dolum solum præstamus, dolum in deposito, d.* l. 5, §. 1,); néanmoins il n'est pas douteux qu'un dépositaire est tenu de la perte ou de la détérioration des choses confiées à sa garde, lorsqu'elle est causée par une négligence crasse, parcequ'une telle négligence étant contraire à la fidélité du dépôt, elle se trouve comprise sous le terme de *dol* et de *défaut de bonne foi*, dont ces lois disent que le dépositaire est tenu. C'est ce que nous apprend Celse : *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat diligens est; nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret; d.* l. 32, ff. *depos.*

On peut apporter pour exemple d'une négligence crasse, le cas auquel le dépositaire à qui on auroit confié de l'argent, des diamants, ou autres choses précieuses qui sont de nature à être gardées sous la clef, auroit laissé dans un vestibule ou dans une antichambre de sa maison, ces choses exposées à tous les allants et venants; il n'est pas douteux que, si ces choses étoient volées, il seroit responsable de la perte de ces choses, comme ayant été causée par sa négligence crasse.

24. La fidélité à garder le dépôt est tellement requise dans le dépositaire, qu'on ne pourroit pas valablement convenir, par le contrat de dépôt, que le dépositaire ne seroit

pas tenu, pour quelque cause que ce fût, de la perte des choses déposées, *même pour cause de défaut de fidélité à la garde du dépôt*, une telle convention étant contraire aux bonnes mœurs : *Illud non probabis dolum non esse præstandum, si convenerit; nam hæc conventio contrà bonos mores est, et ideò nec sequenda est;* l. 1, §. 7, ff. *depos.*

25. Il en est autrement de cette autre convention par laquelle on conviendroit que le déposant s'en rapporte entièrement à la bonne foi du dépositaire pour la restitution du dépôt, sans qu'il puisse intenter contre lui aucune action pour l'y contraindre. Paul décide qu'une telle convention est valable : *Illud nullâ pactione effici potest, ne dolus præstetur; quamvis si quis paciscatur ne de dolo agat, quod pactum proderit;* l. 27, §. 3, ff. *de pact.*

Ulpien dit la même chose : *Si quis paciscatur ne depositi agat..... valet pactum*; l. 7, §. 15, ff. *d. tit.*

Quoique cette seconde espèce de convention paroisse, *vi ipsâ*, équipoller à la première, en ce qu'elle laisse également au pouvoir du dépositaire de manquer impunément à la fidélité du dépôt, elle en est néanmoins très-différente, en ce que la première paroît permettre expressément au dépositaire le défaut de fidélité, ce qui la rend contraire aux bonnes mœurs et nulle; au lieu que la seconde ne permet pas au dépositaire le défaut de fidélité; mais elle le suppose tellement incapable de ce défaut, qu'elle ne veut pas que le déposant soit recevable à en élever la question : en quoi il n'y a rien de contraire aux bonnes mœurs. On peut, pour appuyer d'autant plus cette différence entre les deux conventions, alléguer cette règle de droit : *Sæpè expressa nocent, non expressa non nocent;* l. 195, ff. *de R. J.*

26. Le contrat de dépôt n'exige rien autre chose du dépositaire que la fidélité à garder le dépôt : elle ne le rend pas responsable des fautes, même légères, qu'il pourroit commettre à l'égard des choses confiées à sa garde, parce que ces fautes ne sont pas toujours incompatibles avec la fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt. C'est ce

qui est expressément décidé par la loi 18, ff. *de Reg. Jur.*; et par la loi 5, ff. *commod.* que nous avons rapportée ci-dessus, *n.* 23.

Cette dernière loi nous dit la raison pourquoi le dépositaire n'est pas responsable de la faute légère, dont on est responsable dans les autres contrats : c'est que, dans les autres contrats qui se font pour l'intérêt commun, l'intérêt que l'une des parties retire du contrat exige qu'il apporte à la chose qui en fait l'objet le soin ordinaire que les diligents pères de famille ont coutume d'apporter à leurs affaires; au lieu que, dans le contrat de dépôt, le dépositaire ne retirant aucun intérêt du contrat, qui se fait en entier pour l'intérêt du déposant, le déposant auroit mauvaise grâce d'exiger du dépositaire autre chose que la fidélité à garder le dépôt : *Quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, meritò dolus præstatur solus..... sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto..... et dolus et culpa præstatur*; *d.* l. 5, §. 6, ff. *commod.*

On opposera peut-être contre ce raisonnement que, dans le contrat de *mandat*, le mandataire ne retire pareillement aucune utilité du contrat, qui se fait pour le seul intérêt du mandant, et que néanmoins le mandataire est tenu de la faute légère, et même quelquefois de la faute très légère, qu'il commet dans la gestion de l'affaire dont il s'est chargé. La raison de différence vient de la différence de l'objet de ces contrats. L'objet du contrat de mandat est une affaire à gérer, pour la gestion de laquelle il faut de l'application, du soin, et une certaine industrie. Le mandataire, en se chargeant de la gestion de l'affaire, est censé se charger et se faire fort, ou répondre de l'application, du soin, de l'industrie nécessaires pour cette gestion : *Spondet diligentiam gerendo negotio parem.* Au contraire, le contrat de dépôt n'ayant pour objet que la garde des choses déposées, pour laquelle garde il ne faut ordinairement que de la fidélité, le dépositaire qui se charge de cette garde n'est pas censé s'obliger à autre chose qu'à apporter cette fidélité à la garde du dépôt.

27. Observez que le dépositaire n'est déchargé de la faute légère, que parcequ'elle peut être compatible avec la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt : et elle est effectivement compatible avec cette fidélité, lorsque le dépositaire est un homme simple ou peu soigneux, sujet par conséquent à commettre pareilles fautes dans ses propres affaires : car la fidélité ne l'oblige qu'à avoir, pour la garde du dépôt, le même soin qu'il a pour ses propres affaires ; elle ne l'oblige pas à en avoir davantage.

Si, au contraire, il étoit justifié que la personne du dépositaire est un homme intelligent, soigneux, attentif dans la conduite de ses propres affaires, c'est une question entre les docteurs si un tel dépositaire est tenu de la faute légère qu'il commettroit à l'égard des choses confiées à sa garde. L'opinion pour l'affirmative me paroît la plus conforme aux principes. La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt ne lui permettant pas d'avoir moins de soin des choses qui lui sont confiées que des siennes ; (*Non salvâ fide minorem quàm suis rebus diligentiam præstabit ;* l. 32, ff. *depositi ;*) dès que la faute commise par le dépositaire, à l'égard des choses qui lui ont été confiées, est une faute qu'on puisse présumer qu'il n'auroit pas commise si les choses lui eussent appartenu, attendu le caractère qu'on lui connoît d'homme soigneux et attentif à ses affaires ; dès-là, cette faute doit être regardée comme une infidélité de sa part, dont il est responsable. Pour la négative, on dit que les lois ont établi pour règle générale, dans le contrat de dépôt, que le dépositaire n'est tenu que du défaut de foi, et qu'il ne l'est pas de la simple faute. Elles n'ont fait aucune exception à l'égard des dépositaires intelligents, soigneux et attentifs à leurs propres affaires : donc, disent-ils, un dépositaire, quelque attentif qu'on le suppose à ses propres affaires, ne doit pas être tenu d'une simple faute qu'il a commise à l'égard des choses confiées à sa garde. La réponse est qu'en rendant le dépositaire responsable d'une faute qu'il n'auroit pas commise dans ses propres affaires, nous ne nous écartons pas de la définition de ces

lois, qui disent que le dépositaire *dolum tantùm præstat*, parce que cette faute étant, comme nous l'avons établi, une infidélité, elle se trouve comprise dans le terme DOLUM, dont ces lois se servent.

Quoique la faute commise par ce dépositaire, étant considérée *in abstracto*, ne dût être prise que comme une faute simple, différente du dol, cette même faute, considérée *in concreto*, dans la personne de ce dépositaire, qui ne l'eût pas commise dans ses propres affaires, doit être réputée un vrai dol, et non pas une simple faute.

Il faut néanmoins avouer que, dans la pratique du for extérieur, on n'entreroit pas facilement dans la discussion du caractère de la personne du dépositaire, et que lorsque la faute que le dépositaire a commise à l'égard des choses qui lui ont été confiées, étant considérée *in abstracto*, n'est qu'une faute légère et ordinaire, et non une faute grossière, on présume facilement que le dépositaire est de caractère à en commettre de pareilles dans ses propres affaires, et qu'en conséquence il n'a point, en la commettant, manqué de fidélité à la garde du dépôt.

Mais, dans le for de la conscience, quoique la faute qu'un dépositaire a commise à l'égard de la chose qui lui a été confiée, étant considérée *in abstracto*, ne soit qu'une faute légère, le dépositaire doit s'examiner et se juger lui-même; et lorsqu'il a lieu de croire qu'il n'eût pas fait une pareille faute, si la chose lui eût appartenu, il doit se croire responsable du dommage qu'il a causé par cette espèce de faute.

28. Celse nous donne pour exemple d'une faute légère dont un dépositaire n'est pas responsable le cas auquel, ayant reçu une chose en dépôt d'un esclave dont vous ne connoissiez pas le maître, vous auriez rendu cette chose à une personne qui seroit venue vous la demander, en se disant faussement le maître de celui qui vous l'avoit confiée, sans vous informer s'il l'étoit effectivement: *Si rem à servo depositam, Titio quem dominum esse putasti quùm non esset, restituisses, depositi actionem te non teneri*

Celsus ait, quia nullus dolus intercessit; l. 1, §. 32, ff. *depos.*

29. Un autre exemple de faute dont le dépositaire n'est pas tenu, c'est lorsque, le feu ayant pris à la maison où il avoit mis les choses qui lui avoient été confiées, il ne les a pas délogées avant que les flammes parvinssent au lieu où elles étoient, soit parcequ'il avoit mal-à-propos espéré que les flammes ne parviendroient pas jusque-là, soit parcequ'le trouble que l'accident de l'incendie avoit causé dans son esprit l'avoit empêché d'y penser.

Cela sur-tout doit avoir lieu, s'il avoit des effets à lui appartenants dans le lieu où étoient les choses qui lui ont été confiées, et qu'il ne les ait pas délogés, et les ait laissé périr par les flammes avec les choses qui lui avoient été confiées.

Mais s'il a eu le soin de déloger les effets à lui appartenants, et qu'ayant eu le temps de déloger pareillement ceux qui lui ont été confiés, il ne l'ait pas fait, et les ait laissé périr par les flammes, on peut en ce cas lui reprocher de n'avoir pas eu, pour les choses qui lui avoient été confiées, le même soin qu'il a eu pour les siennes; et c'est une infidélité qui doit le rendre responsable de la perte des choses qui lui ont été confiées.

S'il n'avoit pas eu assez de temps pour sauver, et ses propres effets, et ceux qui lui ont été confiés, on ne devroit pas lui faire un crime d'avoir sauvé ses effets préférablement à ceux qui lui avoient été confiés.

Si néanmoins ceux qui lui avoient été confiés étoient d'un prix beaucoup plus grand que les siens, et plus faciles, ou du moins aussi faciles à sauver, il ne seroit pas excusable d'avoir en ce cas sauvé préférablement les siens, et de n'avoir pas plutôt sauvé ceux qui lui avoient été confiés; sauf à lui à se faire indemniser par le déposant de la perte des siens qu'il auroit sacrifiés pour leur salut.

30. Le principe que le dépositaire n'est pas tenu de la faute légère reçoit plusieurs exceptions.

La première est lorsqu'il en a été convenu autrement par

une clause expresse du contrat : *Si convenit ut in deposito et culpa præstetur, rata est conventio; contractus enim legem ex conventione accipiunt;* l. 1, §. 6, ff. *depos.*

La seconde exception est dans le cas auquel le dépositaire est allé s'offrir à la garde du dépôt, sans attendre qu'il en fût requis. Il est en ce cas tenu d'apporter à la garde du dépôt tout le soin possible; car, en allant s'offrir à la garde du dépôt, il a pu empêcher qu'on n'en donnât la garde à une autre personne qui auroit été plus soigneuse que lui : *Si quis se deposito obtulit, Julianus scribit periculo se depositi illigasse; ita tamen ut, non solùm dolum, sed etiam culpam et custodiam, præstet, non tamen casus fortuitos; d.* l. 1, §. 35.

31. La troisième exception est lorsque le dépositaire s'est fait payer de sa garde; c'est pourquoi Ulpien, après avoir dit en la loi 5, §. 2, ff. *commod., In deposito..... dolus præstatur solus*, ajoute de suite : *nisi fortè et merces accessit; tunc enim etiam culpa exhibetur.* La raison est que ce contrat en ce cas n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, mais un contrat qui tient plutôt du louage, comme nous l'avons dit ci-dessus, *n.* 15. Ce contrat étant en ce cas un contrat intéressé de part et d'autre, le dépositaire doit, suivant le principe commun à tous les contrats *in quibus utriusque utilitas vertitur*, être tenu de la faute légère.

Cela a lieu lorsque le dépositaire a exigé une récompense pour sa garde. Mais si, sans avoir rien exigé, il avoit, pendant le temps de sa garde, reçu quelques présents que le déposant lui auroit faits volontairement, quoiqu'il les lui eût faits en considération de sa garde, cela ne changeroit pas la nature du contrat, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 15 : le dépositaire ne laisseroit pas d'être en ce cas un pur depositaire, qui ne doit pas être tenu à autre chose qu'à la fidélité à garder le dépôt.

32. Une quatrième exception est lorsque le dépôt n'a pas été fait pour l'intérêt de celui qui l'a fait, comme il se fait ordinairement, mais pour l'intérêt seul du dépositaire. En

ce cas, il est évident que le dépositaire doit être tenu de la faute la plus légère à l'égard de la chose qui lui a été confiée, de même que dans le *commodatum*, suivant le principe établi en notre *Traité des Obligations*, *n.* 142.

Ulpien en apporte cet exemple : Vous m'avez prié de vous prêter une certaine somme, au cas que vous en eussiez besoin pour l'acquisition d'un héritage que vous vous proposiez de faire. Sur le point de partir pour un voyage, je vous ai laissé cette somme pour vous la prêter, au cas que vous fissiez l'acquisition, et pour qu'en attendant elle restât entre vos mains par forme de dépôt. Ce dépôt ne vous étant fait que pour vous faire plaisir, vous êtes tenu de la plus légère faute à l'égard de cette somme que je vous ai confiée. *Si quis nec causam nec propositum fœnerandi habuerit, et tu empturus prædia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris crediti nomine antequàm emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem fortè proficiscendi habebat, deposuerit apud te pecuniam, ut si emisses, crediti nomine obligatus esses, hoc depositum periculo est ejus qui suscepit*; l. 4, ff. *de reb. cred.*

Ces termes, *periculo est*, sont équivoques. Ils signifient quelquefois qu'une chose est entièrement aux risques de quelqu'un qui doit supporter à l'égard de cette chose, même les accidents de force majeure : quelquefois ils signifient seulement que quelqu'un est tenu à l'égard d'une chose, même de la faute la plus légère. Je pense que c'est dans ce second sens qu'ils doivent être entendus dans cette loi. Voyez d'Avezan, *de Contractibus, cap.* 27.

33. Le dépositaire n'est tenu, en aucun cas, des accidents de force majeure, tant qu'il n'a pas été mis en demeure de rendre la chose qui lui a été confiée. Mais après qu'il a été mis en demeure de la rendre, il est tenu d'indemniser des accidents de force majeure celui à qui il la devoit rendre, dans le cas auquel il n'eût pas souffert cette perte, si la chose lui eût été rendue lorsqu'il l'a demandée ; l. 12, §. 3, et l. 14, §. 3, ff. *depos.* Le dépositaire a cela de commun avec tous les autres débiteurs de corps

certains. Voyez notre *Traité des Obligations, n.* 663 *et suiv.*

COROLLAIRE II.

54. La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt l'oblige en second lieu à ne se pas servir des choses qui lui ont été confiées, à moins que ce ne soit avec la permission expresse ou présumée de celui qui les lui a données en dépôt; car les choses qui lui ont été données en dépôt ne lui ont été données que pour les garder.

Le dépositaire qui se sert des choses confiées à sa garde sans le consentement, au moins présumé, de celui qui les lui a confiées, non-seulement viole la fidélité qu'il doit à la garde du dépôt, il se rend de plus coupable de vol : *Qui rem depositam, invito domino, sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit*; l. 3, *Cod. depos.*

Ce vol n'est pas, à la vérité, le vol de la chose même, mais c'est un vol de l'usage de cette chose; et le vol de l'usage d'une chose, quoique différent du vol de la chose même, ne laisse pas d'être un véritable vol. C'est ce qui résulte de la définition que les lois nous donnent du vol : *Furtum est contrectatio rei fraudulenta, lucri faciendi gratiâ, vel ipsius rei, vel* ETIAM USUS EJUS, *possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere*; l. 1, §. 3, ff. *de furt.*

En effet, l'usage de la chose d'autrui ne nous appartient pas plus que la chose même; c'est pour nous un bien d'autrui auquel la loi naturelle ne nous permet pas de toucher : *abstine ab alieno.*

La chose déposée n'est point entre les mains du dépositaire comme chez lui, elle y est comme chez celui qui la lui a donnée en dépôt, et à qui il est censé prêter le lieu où il l'a mise pour l'y garder. C'est pourquoi le dépositaire ne commet pas moins un vol lorsqu'il l'en déplace pour s'en servir, que celui qui emporteroit furtivement une chose de la maison de celui à qui elle appartient, avec le dessein de la rendre après qu'il s'en seroit servi.

De ce principe, qu'il n'est pas permis au dépositaire de se servir des choses qu'il a en dépôt, sans le consentement de celui qui les lui a confiées, M. de Saci, dans son *Traité de l'Amitié*, en a tiré cette conséquence, que, même dans le cas auquel le dépositaire auroit besoin d'une somme d'argent qu'il a en dépôt, pour sauver la vie à son intime ami, il devroit plutôt laisser périr son ami, que de violer la foi du dépôt, en touchant à cette somme sans la permission de celui qui la lui a donnée en dépôt. Je pense néanmoins que cette décision doit souffrir une modification, qui est, que si celui qui a donné l'argent en dépôt n'est pas sur les lieux, et que le besoin soit si pressant, que le dépositaire ne puisse pas, en lui écrivant, recevoir de lui assez à temps une réponse qui accorderoit la permission de se servir de l'argent, et que d'ailleurs le dépositaire ait le moyen de rendre cette somme, il peut en ce cas se servir de la somme qu'il a en dépôt pour sauver la vie à son ami ; car, à défaut d'une permission expresse de la personne à qui elle appartient, il a un juste sujet de croire que cette personne a assez d'humanité pour être dans la disposition de volonté de permettre qu'on se serve de son argent pour un cas aussi favorable que celui de sauver la vie à un homme. C'est donc en ce cas, avec le consentement présumé de la personne qui lui a donné l'argent en dépôt, qu'il s'en sert, et il ne viole pas par conséquent la foi du dépôt.

35. Pour que le dépositaire se rende coupable de vol en se servant des choses qui lui ont été confiées, il faut que ce soit *invito domino ;* ce qui ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'il faille qu'il le lui ait défendu. Il suffit qu'il n'y ait pas consenti; car le terme *invitus* signifie seulement *non volens*; c'est l'interprétation qu'en donne Ulpien. En matière de vol, dit-il, *vetare dominum accipimus etiam eum qui ignorat, hoc est eum qui non consensit*; l. 48, §. 3, ff. *de furt.*

Mais lorsque le dépositaire ne s'est servi des choses qui lui ont été confiées, que du consentement, ou exprès, ou même seulement présumé, de celui qui les lui a confiées,

il n'est coupable ni de vol, ni même d'infidélité à la garde du dépôt.

36. Pour que le consentement soit présumé, il ne suffit pas que le dépositaire, pour se flatter, se persuade que celui qui lui a confié le dépôt auroit consenti à l'usage qu'il fait des choses déposées, s'il lui en eût demandé la permission : il faut qu'il ait un juste sujet de croire qu'il la lui auroit accordée; comme si la chose qu'il lui a donnée à garder est une chose qu'il lui avoit prêtée auparavant plusieurs fois, et toutes les fois qu'il la lui avoit demandée à emprunter.

Quelque sujet qu'ait le dépositaire de croire que celui qui lui a donné une chose en dépôt est dans la disposition de volonté de lui permettre de s'en servir, il ne doit s'en servir, sans lui en demander la permission, que lorsqu'il n'est pas à portée de la lui demander; *putà*, parce qu'il est absent. Mais si, étant à portée de la lui demander, il ne le fait pas, c'est une marque qu'il craint un refus, et qu'il n'est pas bien certain du consentement.

37. Il y a des usages de la chose donnée en dépôt à l'égard desquels on présume plus ou moins difficilement le consentement de celui qui l'a donnée en dépôt. Par exemple, lorsqu'on a donné en dépôt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, comme de l'argent, on ne présume que très-difficilement le consentement de celui qui les a données en dépôt, pour que le dépositaire se serve de cet argent; ce qui ne se peut faire qu'en convertissant le dépôt en prêt.

A l'égard des choses qui ne se consomment pas, à la vérité, par l'usage, mais qui se détériorent par l'usage qu'on en fait, comme du linge, on ne doit encore présumer que très-difficilement que celui qui les a données en garde ait consenti qu'on s'en servît.

On présume plus facilement le consentement de celui qui a donné quelque chose en dépôt, pour les usages de cette chose qui ne la peuvent détériorer : comme si quelqu'un m'a laissé en dépôt un chien couchant, on doit faci-

lement présumer son consentement pour que je m'en serve à la chasse des perdreaux; car bien loin que cet usage que je ferai de son chien le détériore, au contraire il ne peut lui être qu'avantageux, en l'entretenant dans l'habitude qu'il a d'arrêter le gibier.

Lorsqu'un savant, n'ayant pas chez lui de quoi loger ses livres, les a mis en dépôt chez un de ses amis, c'est sur-tout en ce cas qu'on doit présumer son consentement à l'usage qu'en voudra faire son ami en les lisant : car un vrai savant, qu'on doit présumer aimer la vérité, ne désire rien tant que d'en procurer aux autres la connoissance, par la lecture qu'ils feront de ses livres.

Sans ce consentement présumé de celui qui a donné la chose en dépôt, il n'est pas permis à un dépositaire de se servir des choses qui lui ont été confiées ; il est sur tout défendu aux dépositaires de deniers de s'en servir pour leurs affaires. La certitude morale qu'ils prétendroient avoir d'être en état de trouver et de représenter la somme, lorsque celui qui la leur a confiée la demandera, n'est pas une raison suffisante pour les excuser du vol qu'ils commettent en s'en servant. J'ai été surpris de voir, dans un auteur moderne de théologie morale, qu'un dépositaire pouvoit licitement, et sans péché, se servir, pour ses affaires, des deniers qu'il avoit en dépôt, lorsqu'il avoit cette certitude morale, pourvu que celui qui les lui a donnés en dépôt ne les lui eût pas donnés dans un sac cacheté, ou ne lui eût pas fait connoître de quelque autre manière qu'il ne vouloit pas qu'il s'en servît. Il est très-faux qu'il doive suffire au dépositaire que l'usage des deniers ne lui ait pas été défendu ; il faut qu'il ait le consentement de celui qui les lui a donnés en dépôt, ou qu'il ait un juste sujet de le présumer ; sans cela, il est un voleur s'il s'en sert.

COROLLAIRE III.

38. La fidélité que le dépositaire doit à la garde du dépôt l'oblige en troisième lieu à ne pas chercher à connoître

les choses qui lui ont été données en dépôt, lorsque celui qui les lui a données en dépôt a voulu les tenir cachées.

Par exemple, si quelqu'un a donné en dépôt une cassette fermée, le dépositaire ne peut, sans violer la fidélité qu'il doit au dépôt, ouvrir la cassette pour connoître ce qu'elle renferme.

Pareillement, si quelqu'un avoit donné en dépôt son testament ou d'autres papiers sous une enveloppe cachetée, le dépositaire commettroit une infidélité énorme, s'il décachetoit l'enveloppe pour prendre lecture du testament ou des autres papiers qui lui ont été donnés sous cette enveloppe.

59. Lorsque celui qui a donné en dépôt des choses de nature à être tenues cachées, a bien voulu, pour témoigner davantage sa confiance au dépositaire, lui donner connoissance des choses qu'il lui donnoit en dépôt, la fidélité que le dépositaire doit au dépôt, l'oblige à n'en pas donner connoissance à d'autres.

Par exemple, si quelqu'un m'a donné en dépôt son testament tout ouvert, je puis bien le lire; car, en me le donnant ouvert, il m'en a tacitement accordé la permission: mais je commettrois une infidélité énorme si je le donnois à lire à d'autres.

Celui qui l'a donné en dépôt peut même, en ce cas, avoir l'action d'injure contre le dépositaire : *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus præsentibus legit, ait Labeo depositi actione rectè de tabulis agi posse : ego arbitror et injuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam præsentibus, ut judicia secreta ejus qui testatus est divulgarentur;* l. 1, §. 38, ff. *depos.*

Il en seroit autrement, si c'étoit par une bonne intention que le dépositaire eût donné communication à quelqu'un du testament qui lui a été confié; *putà*, s'il en a fait prendre la lecture à un jurisconsulte pour savoir s'il n'y avoit pas dans ce testament quelques dispositions mal expliquées qui pourroient donner lieu à des contestations, afin

d'en avertir celui qui le lui a confié, pour qu'il y remédiât. La bonne intention du dépositaire doit en ce cas l'excuser; et il ne doit pas passer pour infidèle, quoiqu'il eût mieux fait de n'en donner la lecture à personne, et même de ne la pas prendre lui-même, à moins que celui qui le lui a donné en dépôt ne l'eût prié de la prendre pour lui en dire son avis.

ARTICLE II.

Du second chef d'obligation du dépositaire, qui consiste dans la restitution du dépôt.

Le second chef de l'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt est la restitution du dépôt. Nous verrons sur cette matière quels sont les objets de la restitution du dépôt; à qui, où et quand la restitution en doit être faite, et pour quelles causes elle peut quelquefois être retardée.

§. I. Quelles choses font l'objet de la restitution du dépôt.

40. Les choses qui ont été données en dépôt sont le principal objet de la restitution du dépôt, à laquelle s'est obligé le dépositaire par le contrat.

Ce sont les mêmes choses *in individuo* que le dépositaire doit rendre, quand même ce seroit une somme de deniers ou d'autres choses *fongibles* qui auroient été données en dépôt : le dépositaire est tenu en ce cas de rendre, non-seulement la somme, mais les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues en dépôt, et auxquelles il ne lui a pas été permis de toucher.

C'est pourquoi, s'il est survenu depuis le dépôt une augmentation ou une diminution sur les monnoies, c'est celui qui a donné la somme de deniers en dépôt qui doit profiter de l'augmentation lorsque les espèces ont été augmentées, ou supporter la diminution lorsqu'elles ont été diminuées; car le dépositaire doit rendre les mêmes espèces *in individuo* qu'il a reçues, suivant le bordereau qu'il a dû en donner à celui qui les lui a données en dépôt. Par exemple, s'il a

reçu en dépôt une somme de six cents livres en quinze louis d'or et quatre-vingts écus de trois livres, il doit rendre les quinze louis d'or et les quatre-vingts écus de trois livres qu'il a reçus en dépôt, quelque augmentation ou quelque diminution qui soit survenue sur les espèces.

41. S'il n'y avoit pas de bordereau, qui seroit cru, de celui qui a donné l'argent en dépôt, ou du dépositaire, sur la qualité des espèces données en dépôt? Il pourroit y avoir lieu à cette question, si l'augmentation ou la diminution n'étoit arrivée que sur les espèces d'or, et non sur celles d'argent, *aut vice versâ*. Il n'est pas douteux que c'est le dépositaire qui doit en ce cas être cru; celui qui a fait le dépôt doit s'imputer de ne s'être pas fait donner un bordereau: en ne l'exigeant pas, il a suivi la foi du dépositaire sur la qualité des espèces. D'ailleurs, en fait de restitution de dépôt, c'est celui qui a donné l'argent en dépôt qui est le demandeur, et qui est par conséquent chargé de la preuve de ce qu'il avance : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*; l. 21, ff. *de probat.* Faute par lui d'avoir la preuve de ce qu'il avance sur la qualité des espèces données en dépôt, on doit plutôt en croire le dépositaire qui est le défendeur, suivant cette autre règle, *favorabiliores rei potiùs quàm actores habentur*; l. 15, *de Reg. Jur.*

Observez que lorsque l'objet du dépôt excède cent livres, celui qui a fait le dépôt ne peut faire que par un bordereau, ou par quelque autre écrit, la preuve de ce qu'il avance sur la qualité des espèces. A défaut de cette preuve, il n'est pas reçu à la preuve testimoniale, il ne peut que demander l'affirmation du dépositaire. Lorsque l'objet n'excède pas cent livres, il peut être admis à la preuve testimoniale.

42. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt qu'en l'état qu'elle se trouve, quand même elle seroit détériorée. Néanmoins, si c'étoit par son dol qu'elle fût détériorée, ou par une faute, de l'espèce de celles dont il est tenu (*V. suprà, n.* 26 *et suiv.*), il seroit tenu en ce cas des dommages et intérêts de celui qui la lui a donnée en dépôt résultants de cette détérioration.

43. Le dépositaire n'est tenu de rendre la chose qui lui a été donnée, qu'autant qu'il l'a par-devers lui. S'il l'avoit perdue par quelque accident, il seroit quitte de l'obligation de la rendre.

Néanmoins, si c'étoit par son dol qu'il ne l'eût plus, ou par quelque faute, de l'espèce de celles dont il est tenu; en ce cas, il ne seroit pas déchargé de son obligation de rendre la chose. Faute d'y pouvoir satisfaire, il seroit tenu d'en rendre le prix; et même, selon les circonstances, il pourroit être en outre tenu des dommages et intérêts de celui qui la lui a donnée en dépôt; voyez notre *Traité des Obligations, part.* 1, *ch.* 2, *art.* 3, *et part.* 3, *n.* 661 *et* 662.

Le dépositaire qui a vendu de mauvaise foi la chose qui lui a été donnée en dépôt n'est pas déchargé de l'obligation de la rendre quoiqu'il ait racheté la chose pour la garder comme auparavant, et qu'elle soit depuis périe chez lui sans sa faute. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si rem depositam vendidisti, eamque posteà redemisti in causam depositi, etiam si sine dolo malo posteà perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, quùm venderes;* l. 1, §. 25, ff. *depos.*

La raison est que le dépositaire, en vendant de mauvaise foi la chose qui lui a été donnée en dépôt, commet un vol de cette chose; il devient voleur de cette chose; et la chose devient infectée du vice de vol, qui ne se purge point jusqu'à ce qu'elle soit rendue à son propriétaire. Or, c'est un principe qu'une chose volée est aux risques du voleur, qui est censé être dans une perpétuelle demeure de la rendre; et on ne distingue pas, à l'égard du voleur, si la chose qui est périe depuis le vol qui en a été fait, fût ou ne fût pas également périe entre les mains de celui à qui elle doit être rendue; *quod ita receptum odio furti*, comme nous l'avons observé en notre *Traité des Obligations, n.* 664.

44. Quoique le dépositaire ne soit pas tenu de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, lorsqu'il ne l'a plus, et que c'est sans aucun dol ni faute de l'espèce de celles dont il est tenu, qu'il a cessé de l'avoir; néanmoins, s'il lui

en est resté quelque chose, il est tenu de rendre ce qui en est resté. Par exemple, lorsqu'on a donné à quelqu'un un cheval en dépôt, si le cheval est mort, le dépositaire est quitte, à la vérité, de l'obligation de rendre le cheval; mais il doit rendre la peau, les fers, et l'équipage du cheval avec lequel le cheval lui avoit été donné en dépôt.

45. Lorsque le dépositaire qui, par quelque accident dont il n'est point responsable, n'a plus les effets qui lui ont été donnés en dépôt, a reçu quelque chose à la place desdits effets, il est obligé de rendre cette chose à celui qui lui avoit fait ce dépôt. Par exemple, si une personne, en partant pour un voyage, m'a laissé en dépôt une grande quantité de blés, et que, dans un temps de disette, j'aie été contraint par le magistrat de mener ces blés au marché, et de les vendre, je suis obligé de rendre à celui qui m'avoit donné les blés en dépôt, la somme d'argent que j'ai reçue pour le prix de la vente; cette somme leur est subrogée, et j'en suis devenu dépositaire à la place des blés.

Un autre exemple, c'est lorsque l'héritier du dépositaire, ignorant le dépôt, a vendu la chose donnée en dépôt, qu'il croyoit être de la succession du défunt; cet héritier, qui l'a vendue de bonne foi n'est pas obligé, à la vérité, de rendre la chose à celui qui l'a donnée en dépôt au défunt; mais il est obligé de lui rendre la somme qu'il a reçue pour le prix de cette chose, à moins que celui qui avoit donné la chose en dépôt n'aimât mieux la revendiquer sur l'acheteur par-devers qui elle est; auquel cas, ce seroit à cet acheteur que l'argent devroit être rendu.

46. L'héritier du dépositaire qui a vendu de bonne foi la chose qu'il ignoroit avoir été donnée en dépôt au défunt, n'ayant rien fait, en la vendant, contre la bonne foi due au dépôt dont il n'avoit pas de connoissance, il ne doit être tenu de rendre le prix qu'il l'a vendue, que lorsqu'il l'a reçu; s'il n'en avoit pas été payé, il ne seroit tenu à autre chose qu'à céder ses actions, quand même cet acheteur seroit insolvable.

Par la même raison, quand même cet héritier auroit

auroit vendu la chose au-dessous de sa valeur, il ne seroit tenu de rendre que le prix qu'il l'a vendue, et qu'il a reçu.

C'est ce que nous enseignent les jurisconsultes romains : *Si hæres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxerit, ignorans depositam... quia dolo non fecit, non tenebitur de re : an tamen de pretio teneatur quod ad eum pervenit? Et verius est teneri eum;* l. 1, §. *fin.* ff. *depos. Quid ergò si pretium nondùm exegit, aut minoris quàm debuit, vendidit? Actiones suas tantummodò præstabit;* l. 2, ff. *d. tit.*

47. Les fruits de la chose donnée en dépôt, que le dépositaire a perçus, sont aussi un des objets de la restitution du dépôt. Soit qu'il ait encore par-devers lui la chose qui lui a été donnée en dépôt, soit qu'il ne l'ait plus, il doit tenir compte des fruits qu'il en a perçus, à celui qui la lui a donnée en dépôt ; car un dépositaire ne doit profiter en rien du dépôt. Par exemple, lorsqu'on a donné à quelqu'un des vaches en dépôt, le dépositaire doit tenir compte à celui qui les lui a données en dépôt, du lait et des veaux, sous la déduction des frais qu'il a faits pour la nourriture et la garde.

Le dépositaire, tant qu'il n'a pas été en demeure de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, n'est tenu de rendre que les fruits qu'il a perçus : il n'est pas tenu de ceux qu'on eût pu percevoir, et qu'il n'a pas perçus : mais, depuis qu'il a été mis en demeure, il est tenu de tenir compte de tous ceux qu'on a pu percevoir, quoiqu'il ne les ait pas perçus; c'est un effet de la demeure, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, *n.* 143.

48. A plus forte raison, lorsque c'est une somme d'argent qui a été donnée en dépôt, le dépositaire, tant qu'il n'a pas été mis en demeure de la rendre, n'en doit aucuns intérêts ; car non seulement il n'en a pas perçu, mais il n'a pu en percevoir, ne lui ayant pas été permis de toucher à cette somme. Mais, depuis qu'il a été mis en demeure de rendre cette somme, il en doit les intérêts : *Usuræ in depositi actione, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis, ex morâ venire solent;* l. 2, *cod. depos.*

§. II. A qui la chose donnée en dépôt doit-elle être rendue?

49. Le dépositaire doit rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, à celui qui la lui a donnée; car c'est envers lui qu'il contracte, par le contrat de dépôt, l'obligation de la rendre.

Ce n'est pas toujours celui qui a fait la tradition de la chose au dépositaire, qui est censé l'avoir donnée en dépôt; c'est celui au nom duquel le dépôt en a été fait, soit qu'il en ait fait la tradition par lui-même, soit qu'elle ait été faite par un autre en son nom.

Par exemple, si, de l'ordre de Pierre, vous m'avez donné en dépôt une chose, ce n'est pas vous qui êtes censé me l'avoir donnée en dépôt; c'est Pierre, de la part de qui vous me l'avez donnée, qui est censé me l'avoir donnée en dépôt; c'est à Pierre, et non à vous, que je dois la rendre, et c'est lui qui a contre moi l'action *depositi* pour se la faire rendre; l. 1, §. 11, ff. *depos.*

Mais, si vous m'avez remis cette chose sans dire que c'étoit de la part de Pierre, quoique ce fût Pierre qui vous l'eût donnée pour me l'apporter, le dépôt est fait en votre nom; c'est vous qui avez action contre moi pour vous le faire rendre, sauf à Pierre à vous obliger, *mandati judicio*, à lui céder cette action; *d.* §.

50. Lorsqu'une personne a donné quelque chose en dépôt dans un nom qualifié, comme de tuteur, de marguillier, etc., la chose ne lui doit être rendue que tant qu'il conserve la qualité en laquelle il l'a donnée. Par exemple, si quelqu'un, en sa qualité de tuteur d'un tel, a donné une chose en dépôt, la chose ne lui doit être rendue que tant qu'il est tuteur; la tutelle finie, ce n'est plus à lui, c'est au mineur devenu majeur que la chose doit être rendue. Pareillement, lorsque quelqu'un, en qualité de marguillier, a donné en dépôt des effets d'une fabrique, ce n'est que pendant qu'il est marguillier que la restitution du dépôt doit lui être faite. Lorsqu'il est sorti de charge, ce n'est plus à lui, c'est à son successeur qu'elle doit être faite.

51. Celui qui a donné la chose en dépôt n'a pas besoin de prouver qu'il est le propriétaire ; il suffit qu'il l'ait donnée en dépôt, pour qu'elle doive lui être rendue, quoiqu'elle ne lui appartienne pas, et quand même il l'auroit volée : *Si prædo vel fur deposuerint, et hos Marcellus putat rectè depositi acturos;* l. 1, §. 39, ff. *depos.*

Néanmoins, si le dépositaire, depuis le dépôt qu'il a reçu de bonne foi, venoit à découvrir que la chose qui lui a été donnée en dépôt a été volée, et qu'il connût la personne à qui elle a été volée, il devroit plutôt la rendre à la personne à qui elle appartient, qu'à celui qui la lui a donnée en dépôt, et il devroit pour cela avertir cette personne de la réclamer. C'est l'espèce d'une belle loi de Triphonin : *Latro spolia quæ mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitiâ deponentis : utrùm latroni an mihi restituere Seius debeat? Si per se, dantem accipientemque intuemur, hæc est bona fides ut commissam rem recipiat is qui dedit; si totius rei æquitatem (quæ ex omnibus personis negotio isto continguntur, impletur) mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo adempta sunt; et probo hanc esse justitiam quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione;* l. 31, §. 1, ff. *d. tit.* En ce cas, l'obligation que le dépositaire a contractée envers celui qui lui a donné la chose en dépôt, doit céder à une autre obligation plus forte, que la loi naturelle impose au dépositaire, de rendre la chose à celui à qui elle appartient.

Observez que le dépositaire remplit toute justice, et satisfait à ce qu'on doit au propriétaire de la chose, par l'avis qu'il lui donne que la chose qui lui a été volée est entre ses mains : il n'est pas obligé de la lui rendre, jusqu'à ce que le propriétaire ait fait ordonner que la chose lui seroit restituée, par un jugement rendu avec celui qui l'a donnée en dépôt, lequel, sur la revendication faite sur le dépositaire, doit être mis en cause par ce dépositaire. Il ne seroit pas juste que le dépositaire s'exposât à un procès en la rendant au propriétaire avant que d'en être déchargé envers celui

qui la lui a donnée en dépôt, par un jugement rendu avec lui.

C'est pourquoi si le propriétaire de la chose, à qui elle a été volée, néglige l'avis que le dépositaire lui a donné, et ne réclame pas aussitôt la chose, le dépositaire pourra la rendre à celui qui la lui a donnée en dépôt, lorsqu'il la lui demandera : *Quòd, si ego*, ajoute Triphonin, *ad petenda ea non veniam, nihilominùs ea restituenda sunt ei qui deposuit, quamvìs malè quæsita deposuit; d.* §. 1.

52. La chose qui a été donnée en dépôt ne doit être rendue à celui qui l'a donnée, qu'autant qu'il conserve son état civil, et qu'il continue d'être usant de ses droits.

C'est pourquoi, si celui qui m'a donné une chose en dépôt a depuis perdu la vie civile, par une condamnation capitale, dont j'ai connoissance, ce n'est pas à lui, en ce cas, que je dois rendre la chose qu'il m'a donnée en dépôt, c'est au seigneur à qui ses biens ont été confisqués par cette condamnation, que je la dois rendre. Il est vrai qu'à n'envisager que le pur droit naturel, *si tantùm naturale jus et gentium intuemur*, il sembleroit que les choses devroient être rendues à celui qui les a données en dépôt; mais, *si civile jus et legum ordinem* (*spectemus*), *magìs in publicum deferenda sunt; nam malè meritus publicè, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet; d.* l. 31.

Lorsque celui qui a donné la chose en dépôt s'est depuis fait religieux profès, ce n'est point à lui que la chose donnée en dépôt doit être rendue, parce qu'il a perdu la vie civile par sa profession religieuse; elle doit être rendue à ses héritiers, comme dans le cas de la mort naturelle; voyez *infrà*, *n.* 54.

Lorsque la personne qui lui a donné la chose en dépôt a depuis passé sous puissance de mari, ou a été interdite, ce n'est point à elle que la chose doit être rendue, ayant cessé, par son mariage ou par son interdiction, d'être usante de ses droits; mais elle doit être rendue à son mari ou à son curateur. La restitution du dépôt faite au mari ou

au curateur de la personne qui a fait le dépôt, est censée faite à elle-même, son mari ou son curateur ayant qualité de recevoir pour elle.

53. La chose donnée en dépôt est censée rendue à celui qui l'a donnée en dépôt, lorsqu'elle est rendue à celui à qui il a ordonné de la rendre, selon la règle : *Quod jussu alterius solvitur, pro eo est quasi ipsi solutum esset;* l. 180, ff. *de R. Jur.*

54. Après la mort de celui qui a donné la chose en dépôt, la restitution du dépôt doit se faire à ses héritiers. Lorsqu'il a laissé plusieurs héritiers, si la chose donnée en dépôt est une chose susceptible de parties réelles, telle qu'est une somme d'argent, elle doit être restituée à chaque héritier pour la part dont il est héritier.

Si cet argent avoit été mis en dépôt dans un sac cacheté; sur la demande de l'un des héritiers, pour la restitution de la part qui lui appartient dans le dépôt, on doit faire l'ouverture du sac, en présence du juge, à son hôtel, qui en dressera procès-verbal; après laquelle ouverture, on délivrera à cet héritier la part qui lui appartient dans l'argent qui est dans ce sac; et le reste demeurera entre les mains du dépositaire : *Si pecunia in sacculo signato deposita sit, et unus ex hæredibus ejus qui deposuit veniat repetens, promenda pecunia est vel coràm prætore, vel intervenientibus honestis personis, et exsolvenda pro parte hæreditariâ;* l. 1, §. 36, ff. *depos.*

Lorsque la chose donnée en dépôt n'est pas susceptible de parties réelles, elle ne peut être rendue à l'un des héritiers que du consentement des autres. Lorsque les héritiers ne s'accordent pas sur celui d'entre eux à qui la chose sera rendue, ou lorsque tous ne paroissent pas, la restitution doit se faire à ceux qui ont la plus grande part dans la succession, à la charge par eux de donner caution au dépositaire de le défendre contre les autres héritiers : *Si plures hæredes extiterint ei qui deposuerit, dicitur, si major pars adierit, restituendam rem præsentibus; majorem autem partem non ex numero personarum, sed ex mag-*

nitudine portionum hæreditariarum intelligendam; cautelâ idoneâ reddendâ; l. 14, ff. *d. tit.*

55. Lorsque celui qui a donné la chose en dépôt, a fait à quelqu'un un legs particulier de cette chose, ou un legs universel dans lequel cette chose est comprise; après que le légataire aura été saisi de son legs, et qu'il aura signifié au dépositaire l'acte ou la sentence de saisissement, la restitution du dépôt ne pourra plus se faire qu'à lui : mais, avant cette signification, le dépositaire peut la faire valablement aux héritiers, à moins qu'elle n'eût été saisie et arrêtée entre ses mains.

§. III. Où doit se faire la restitution du dépôt.

56. Lorsqu'on est convenu, par le contrat, du lieu où se feroit la restitution du dépôt, la chose donnée en dépôt doit être rendue dans ce lieu : si elle n'y est pas, et qu'il faille l'y transporter, le transport doit se faire aux frais de celui qui l'a donnée en dépôt : *Si quid in Asiâ depositum sit, ut Romæ reddatur, videtur id actum, ut non impensâ ejus id fiat apud quem depositum sit, sed ejus qui deposuit;* l. 12, ff. *d. tit.*

Cette décision est conforme à ce principe d'équité : *Officium suum nemini debet esse damnosum.* Le dépositaire ne s'étant chargé du dépôt que pour faire plaisir à celui qui lui a fait le dépôt, l'équité ne permet pas qu'il supporte aucuns frais.

Quand même le dépôt auroit été fait dans le même lieu où on est convenu que s'en feroit la restitution, si le dépositaire a eu quelque juste sujet de le transporter ailleurs, ce sera aux frais de celui qui aura donné la chose en dépôt, qu'on l'en fera revenir.

57. Lorsque le contrat ne porte pas où doit se faire la restitution du dépôt, elle doit se faire où se trouve la chose qui a été donnée en dépôt, quand même elle se trouveroit dans un lieu plus éloigné que celui où elle a été donnée, pourvu que ce soit sans malice qu'elle y a été transportée, *putâ,* parceque le dépositaire a délogé : *Depositum eo*

loco restitui debet in quo sine dolo ejus est apud quem depositum est; ubi verò depositum est nihil interest; d. l. 12, §. 1.

§. IV. Quand doit se faire la restitution du dépôt, et pour quelles causes elle doit être retardée.

58. Le dépositaire doit rendre les choses qui lui ont été données en dépôt, à celui qui les lui a données, aussitôt qu'il les redemande.

Quand même le contrat porteroit un temps déterminé auquel le dépôt devroit être rendu, celui qui a donné la chose en dépôt peut, si bon lui semble, la redemander avant ce temps; et le dépositaire n'est pas fondé à la lui refuser, et à la lui retenir jusqu'au temps porté par le contrat : car le dépôt n'étant fait que pour l'intérêt de celui qui a donné la chose en dépôt, le dépositaire n'ayant la chose que pour la garder, et n'ayant pas le droit de s'en servir, il ne peut avoir aucun intérêt de la retenir; et le temps porté au contrat ne peut paroître avoir été mis en sa faveur. C'est ce que décide Ulpien : *Si sic deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas.... possum mutare voluntatem, et ante mortem tuam depositum repetere;* l. 1, §. 45, ff. *depos.*

Par la même raison, quoiqu'il soit dit par l'acte de dépôt, que vous m'avez donné une chose en dépôt, pour vous la garder jusqu'à votre retour d'un certain voyage; je ne puis refuser de la rendre, avant votre retour, à celui qui se présente avec un pouvoir spécial de vous pour la redemander.

59. Le principe que la restitution du dépôt doit se faire aussitôt qu'il est redemandé, souffre quelques limitations; et il y a certaines causes qui peuvent retarder cette restitution.

1° Lorsque la chose donnée en dépôt n'est pas sur le lieu où elle est demandée, et où la restitution doit s'en faire, il est évident qu'on doit accorder au dépositaire le temps qui est nécessaire pour la faire venir.

2° Lorsqu'il y a une saisie et arrêt de la chose donnée en dépôt, faite entre les mains du dépositaire, soit par quelqu'un qui s'en prétend le propriétaire, soit par quelqu'un qui se prétend créancier de celui qui l'a donnée en dépôt, le dépositaire ne doit rendre la chose à celui qui la lui a donnée, qu'après que celui-ci aura obtenu main-levée, et la lui aura notifiée. Il n'importe à cet égard que le créancier ait fait une saisie et arrêt spécialement de la chose donnée en dépôt, ou qu'il ait arrêté en général toutes les choses appartenantes à son débiteur, qui sont entre les mains du dépositaire.

Il n'importe aussi que l'arrêt soit bien ou mal fondé : quand même il seroit évident qu'il est mal fondé, le dépositaire ne peut être obligé de rendre la chose qui lui a été donnée en dépôt, et qui est arrêtée entre ses mains, jusqu'à ce que celui qui la lui a donnée ait rapporté la main-levée de l'arrêt.

3° Lorsque le dépositaire a fait des impenses pour la conservation de la chose qui lui a été donnée en dépôt, il a droit de la retenir jusqu'à ce qu'il en ait été remboursé. Mais, lorsque c'est pour quelque autre chose que le dépositaire est créancier de celui qui lui a donné la chose en dépôt; il ne peut opposer la compensation de ce qui lui est dû, pour exclure, ni pour différer la restitution du dépôt qui lui est demandée. Voyez notre *Traité des Obligations, n.* 589.

4° Enfin, il est évident que si le dépôt est redemandé par quelqu'un qui se dit héritier de celui qui a fait ce dépôt, et que sa qualité ne soit pas connue au dépositaire, le dépositaire n'est pas obligé de rendre le dépôt, jusqu'à ce que cet héritier ait justifié de sa qualité.

ARTICLE III.

De l'action DEPOSITI *directa*.

60. De l'obligation que le dépositaire contracte par le contrat de dépôt, dont nous avons expliqué les deux chefs dans les articles précédents, naît l'action DEPOSITI *directa*.

Cette action est une action personnelle, que celui qui a donné la chose en dépôt a contre le dépositaire pour se la faire rendre.

Par celui qui a donné la chose en dépôt, nous entendons celui qui a été partie contractante, et au nom de qui le dépôt a été fait, soit qu'il ait fait par lui-même la tradition de la chose donnée en dépôt, soit qu'il l'ait faite par d'autres qui l'ont faite en son nom. Voyez *suprà*, *n.* 48.

61. Le propriétaire de la chose donnée en dépôt, lorsque ce n'est pas en son nom que la chose a été donnée en dépôt, n'a pas cette action, parceque, n'ayant pas été partie contractante, ce n'est pas envers lui que le dépositaire a contracté, par le contrat de dépôt, l'obligation personnelle d'où naît cette action : ce propriétaire peut seulement arrêter et entiercer la chose sur le dépositaire, lorsqu'elle se trouve entre ses mains, et, sur la déclaration que le dépositaire fera qu'il la tient à titre de dépôt d'un tel, former l'action de revendication contre ce tel qui la possède, par celui à qui il l'a donnée en dépôt.

Néanmoins, si celui qui a donné la chose en dépôt, quoiqu'en son nom, l'avoit donnée pour être rendue à ce propriétaire ; quoiqu'en ce cas le propriétaire n'ait pas l'action *depositi*, selon la subtilité du droit, le dépôt n'ayant pas été fait en son nom, et n'ayant pas été par conséquent partie contractante, néanmoins les lois lui accordent, en ce cas, une action *depositi*, qu'on appelle *utile : Si res tuas commodavit, aut deposuit is cujus in precibus meministi, adversùs tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes : quòd si pactus sis ut tibi restituerentur... intelligis te ex ejus pacto actionem stricto jure non habere ; utilis autem tibi propter æquitatis rationem dabitur depositi actio ;* l. 8, *cod. ad exhib.*

62. Lorsque plusieurs personnes ont donné une chose en dépôt, s'il y a clause par le contrat, que la chose sera rendue à celle d'entre elles qui la redemandera, ces personnes sont des *correi credendi :* chacune d'elles peut, sans le consentement des autres, intenter l'action *depositi ;*

et la restitution du dépôt, faite à l'une d'elles, décharge le dépositaire envers les autres. Hors le cas de cette clause, l'une de ces personnes ne peut intenter l'action *depositi* pour se faire rendre la chose donnée en dépôt, qu'en rapportant le consentement des autres ; et, s'il ne le rapporte pas, le juge doit ordonner qu'il les mettra en cause. Néanmoins, si la chose étoit susceptible de parties réelles, comme lorsque c'est une somme d'argent qui a été donnée en dépôt ; ou si la chose donnée en dépôt ne pouvant plus, par le dol du dépositaire, être rendue, l'action *depositi* devoit se terminer à une condamnation pécuniaire, chacun de ceux qui ont fait le dépôt pourroit, sans les autres, intenter l'action *depositi* pour la part qu'il a dans le dépôt.

63. Du principe que l'action DEPOSITI *directa* est une action qui naît de l'obligation personnelle que le dépositaire a contractée par le contrat de dépôt, envers celui qui a donné la chose en dépôt, il s'ensuit qu'elle ne procède que contre le dépositaire, ses héritiers ou autres successeurs universels.

Néanmoins, si je vous avois donné une chose en dépôt, et que vous l'eussiez vous-même donnée en dépôt à un tiers, quoique, selon la rigueur du droit, je n'aie point l'action de dépôt contre ce tiers, puisque ce n'est pas avec moi, mais avec vous qu'il a contracté, et conséquemment que ce n'est pas envers moi, mais envers vous qu'il s'est obligé de rendre la chose ; néanmoins, *celeritate conjungendarum actionum*, pour éviter le circuit d'actions, les lois m'accordent aussi une action utile *depositi* contre ce tiers : *Si quis rem penès se depositam apud alium deposuerit, tàm ipse directam, quàm is qui apud eum deposuit utilem actionem depositi habere possunt.* Paul. *Sent. lib.* 2, *tit.* 12, §. 8.

Hors ce cas, celui qui a donné une chose en dépôt ne peut avoir l'action *depositi* contre des tiers auxquels seroit parvenue la chose qu'il auroit donnée en dépôt ; il peut seulement, étant le propriétaire de cette chose, donner l'action en revendication contre les tiers qui s'en trouveroient en possession.

64. Lorsqu'une chose a été donnée en dépôt à deux dépositaires qui s'en sont chargés ensemble; si c'est par le dol de l'un et de l'autre, ou par une faute de l'un et de l'autre, de l'espèce de celles dont les dépositaires sont tenus, que la chose n'est pas rendue, celui qui l'a donnée en dépôt peut intenter solidairement l'action *depositi* contre l'un ou l'autre des dépositaires. Mais si ce n'étoit que par le dol de l'un d'eux que la chose ne pût être rendue, celui qui l'a donnée en dépôt ne pourroit intenter l'action *depositi* que contre lui; l'autre dépositaire qui n'a pas participé au dol n'en seroit pas tenu; l. 1, §. 43, ff. *depos.* : bien entendu, à moins qu'il ne parût qu'en se rendant dépositaires ils se sont rendus cautions l'un pour l'autre; auquel cas, celui qui n'auroit pas participé au dol de son codépositaire ne laisseroit pas d'en être tenu, comme étant sa caution.

65. Lorsque le dépositaire a laissé plusieurs héritiers, si c'est par le dol du défunt, ou par une faute de l'espèce de celles dont un dépositaire est tenu, que la chose donnée n'est pas rendue, l'action *depositi* peut s'intenter contre les héritiers, seulement pour la part dont chacun est héritier. Mais si c'est par le dol de l'un des héritiers que la chose n'est pas rendue, l'action *depositi* peut être intentée pour le total contre cet héritier, quoiqu'il ne soit héritier que pour partie; et les autres héritiers qui n'ont pas participé au dol ne sont point tenus de la perte de la chose qui avoit été donnée en dépôt.

C'est ce qu'enseigne Paul, *in depositi actione : Si ex facto defuncti agatur adversùs unum ex pluribus hæredibus, pro parte hæreditariâ agere debeo; si verò ex suo delicto, pro parte non ago : meritò, quia æstimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse hæres admisit;* l. 9, ff. *d. tit. Nec adversùs cohæredes qui dolo carent, depositi actio competit;* l. 10, ff. *d. tit.*

Ceci est conforme aux principes que nous avons exposés dans notre *Traité des Obligations*, *n.* 304 *et* 305.

Si l'un des héritiers du dépositaire, par-devers qui est la

chose qui avoit été donnée en dépôt au défunt, refusoit de la rendre à celui qui l'a donnée en dépôt, et qui la redemande, et qu'il n'alléguât pour cause de son refus que l'absence de ses cohéritiers, ce seroit un mauvais prétexte qu'il allégueroit, ses cohéritiers absents ne pouvant avoir aucun intérêt d'empêcher la restitution du dépôt; et par conséquent son refus étant contraire à la bonne foi, et un dol de sa part, celui qui a donné la chose en dépôt peut intenter contre lui, pour le total, l'action DEPOSITI *directa*, pour la restitution de la chose.

C'est ce que décide la loi 3, §. 3, ff. *commod.*, dans le cas du contrat *commodatum*, qui est semblable à cet égard au cas du dépôt. Voyez notre *Traité des Obligations*, *n.* 303.

Lorsque c'est par le dol de tous les héritiers du dépositaire que la chose donnée en dépôt n'est pas rendue, l'action DEPOSITI *directa* peut être intentée solidairement contre chacun desdits héritiers. Voyez sur ce cas notre *Traité des Obligations*, *n.* 306, et la loi 22, ff. *depositi*, sur laquelle Antoine Faber, *Lib. Rational. ad h. l.*, a fort bien observé que le dernier verset de cette loi, *Nec tamen absurdè, etc.*, étoit un mauvais glossème, qui en devoit être retranché, comme contraire aux principes de droit, et aux véritables sentimens de Marcellus, auteur de cette loi.

66. Sur l'objet de l'action DEPOSITI *directa*, voyez ce qui a été dit dans les deux articles précédents.

67. On peut opposer contre l'action DEPOSITI *directa*, plusieurs exceptions dilatoires résultantes de plusieurs causes pour lesquelles nous avons vu *suprà*, *n.* 58, que la restitution du dépôt pouvoit être retardée.

Le dépositaire peut aussi quelquefois être reçu dans une exception péremptoire contre cette action, lorsqu'il offre de justifier qu'il est le propriétaire de la chose qui lui a été donnée en dépôt, et qu'en conséquence le dépôt ne peut subsister; *suprà*, *n.* 4. Mais, pour qu'il soit reçu dans cette exception, il faut qu'il soit en état de prouver promptement et sommairement son droit de propriété : autrement,

la présomption est pour celui qui lui a donné la chose en dépôt, qui est censé la posséder par lui ; et il doit être condamné par provision à la lui rendre, sauf à se pourvoir contre lui ensuite par l'action de revendication. Bruneman, *ad* l. 21, *cod. depos.*

68. A l'égard de la prescription, qui est une autre espèce d'exception péremptoire, le dépositaire et ses héritiers, tant que la chose donnée en dépôt est par-devers eux, et qu'elle peut être saisie entre leurs mains, ne peuvent opposer aucune prescription contre cette action, quelque laps de temps qui se soit écoulé depuis le contrat de dépôt. La raison est que, le dépositaire ayant commencé de tenir en qualité de dépositaire la chose qui lui a été donnée en dépôt, il est censé continuer de la tenir toujours à ce titre, tant qu'il ne fait pas voir qu'il lui est survenu un autre titre. C'est ce qui résulte de ce principe de droit, *Neminem sibi ipsi causam possessionis mutare posse ;* l. 3, §. 19, ff. *de acq. possess. ;* l. 2, §. 1, ff. *pro hæred. et passim.*

Pareillement les héritiers du dépositaire, *qui in omne jus ipsius succedunt*, succédant à son obligation, sont censés, de même que le défunt, tenir à titre de dépositaires les choses données en dépôt au défunt. Or, cette qualité de détenteur à titre de dépôt renfermant essentiellement la charge de rendre la chose donnée en dépôt à celui qui l'a donnée, il s'ensuit que cette qualité réclame perpétuellement en faveur de la restitution du dépôt, et empêche le dépositaire et ses héritiers d'opposer la prescription contre l'action DEPOSITI *directa*.

Comme c'est la qualité de détenteur à titre de dépôt qui résiste à la prescription contre la demande en restitution de dépôt, lorsque le dépositaire n'est pas détenteur des choses qui lui ont été données en dépôt, rien ne l'empêche d'opposer contre cette demande la prescription trentenaire, qui a lieu contre toutes les actions personnelles.

SECTION II.

Des obligations de celui qui a donné la chose en dépôt, et de l'action DEPOSITI *contraria*, qui en naît.

69. Celui qui a donné une chose en dépôt, contracte de son côté, par le contrat de dépôt, envers le dépositaire, l'obligation de le rembourser des avances qu'il a faites pour la conservation de la chose qui lui a été donnée, et de l'indemniser généralement de tout ce que lui a coûté le dépôt.

Par exemple, si on a donné à quelqu'un en dépôt des tonneaux de vin, celui qui les a donnés en dépôt est obligé de rembourser au dépositaire les frais qu'il a faits pour les faire descendre en sa cave, et ceux qu'il a faits pour les faire relier, si, pendant le temps qu'il les a eus en dépôt, ils ont eu besoin d'être reliés. Pareillement, si on a donné à quelqu'un en dépôt un cheval, ou un autre animal, celui qui l'a donné est obligé de rembourser le dépositaire des frais de nourriture, et si l'animal a été malade, des frais de pansemens et de médicamens.

70. Celui qui a donné une chose en dépôt est aussi, comme nous l'avons dit, obligé d'indemniser le dépositaire de tout ce que lui a coûté le dépôt. Par exemple, si dans nos colonies on a donné en dépôt à quelqu'un un nègre, et que ce nègre ait rompu l'armoire du dépositaire, et lui ait volé l'argent qui y étoit, avec lequel il s'est enfui, la perte que le dépositaire a soufferte par le vol qui lui a été fait de son argent, et l'effraction de son armoire, est une perte que lui a causée le dépôt, dont il doit par conséquent être indemnisé par celui qui lui a donné le nègre en dépôt; l. 61, §. 5, ff. *de furt.*

Le dépositaire n'est fondé à prétendre cette indemnité que lorsqu'il n'y a aucune faute de sa part qui ait donné lieu à la perte qu'il a soufferte; car s'il l'avoit soufferto par sa faute, il n'auroit aucune indemnité à prétendre. C'est ce qu'enseigne Africanus, dans l'espèce ci-dessus

rapportée. Après avoir dit que celui qui a donné l'esclave en dépôt doit indemniser le dépositaire du vol que l'esclave lui a fait, il ajoute : *Hæc ità puto vera esse, si nulla culpa ejus qui mandatum aut depositum suscepit, intercedat; cæterùm si ipse ultrò ei custodiam argenti fortè vel nummorum commiserit, quùm nihil unquàm dominus tale quid fecisset, aliter dicendum est; d.* l. 61, §. 7.

71. On peut encore apporter pour exemple de notre principe, le cas auquel les choses données en dépôt s'étant trouvées avec les propres effets du dépositaire, dans une maison incendiée, le dépositaire auroit sacrifié ses propres effets, et les auroit laissé périr dans l'incendie, pour sauver ceux qui lui avoient été donnés en dépôt, qui étoient plus précieux que les siens, et qu'il n'avoit pu sauver qu'en sacrifiant les siens, l'incendie ne lui ayant pas laissé le loisir de sauver les uns et les autres. En ce cas, la perte que le dépositaire a soufferte de ses propres effets, qu'il auroit pu sauver, s'il n'eût pas sauvé ceux qui lui ont été donnés en dépôt, est une perte dont il doit être indemnisé par celui qui lui a fait le dépôt; car non-seulement c'est le dépôt qui lui a causé cette perte comme dans l'espèce précédente, mais c'est une perte qu'il a directement soufferte pour la conservation des effets qui lui ont été donnés en dépôt, qu'il ne pouvoit conserver que par ce moyen.

72. Cette obligation que contracte celui qui a donné la chose en dépôt, est appelée *obligatio* DEPOSITI *contraria;* à la différence de celle du dépositaire, qui est appelée *obligatio* DEPOSITI *directa.* La raison est, que l'obligation du dépositaire est l'obligation principale qui naît du contrat de dépôt; l'obligation de celui qui a donné la chose en dépôt n'est qu'une obligation incidente, sans laquelle le contrat de dépôt pourroit subsister, comme il arrive lorsque le dépôt n'a rien coûté au dépositaire.

73. Lorsque la chose donnée en dépôt est une chose frugifère, le dépositaire ne peut prétendre le remboursement de ses impenses, et de tout ce que lui a coûté le dépôt, que

sous la déduction des fruits qu'il a perçus ; car il ne peut profiter en rien de ces fruits.

74. De l'obligation DEPOSITI *contraria*, que contracte celui qui a donné la chose en dépôt, naît l'action DEPOSITI *directa*.

Cette action est une action personnelle qu'a le dépositaire contre celui qui lui a donné la chose en dépôt, pour le remboursement de ses impenses, et de tout ce que lui a coûté le dépôt.

Le dépositaire a pour ce remboursement un privilége sur les choses qui lui ont été données en dépôt, tant qu'elles sont par-devers lui ; et il a aussi le droit de les retenir jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 58.

Mais, s'il les avoit rendues à celui qui les lui avoit données en dépôt, sans se faire payer, il perdroit son privilége, en conservant néanmoins sa créance.

CHAPITRE III.

De plusieurs espèces particulières de dépôts.

§. I. Du dépôt nécessaire.

75. On appelle *dépôt nécessaire* celui qui est fait dans un cas de nécessité et d'accident imprévu, tel qu'est le cas d'un incendie, d'une ruine, ou du pillage d'une maison, d'un naufrage, ou d'une sédition.

Celui qui, pour sauver ses effets de l'incendie, ou de la ruine de la maison, ou du naufrage, ou du pillage, les confie au premier venu qu'il rencontre, contracte avec celui à qui il les confie cette espèce de dépôt qui est appelé *nécessaire*, parceque c'est le cas d'une nécessité imprévue qui donne lieu à ce contrat.

On donne aussi à cette espèce de dépôt le nom de *dépôt misérable*, *depositum miserabile*, parceque c'est le cas d'un malheur imprévu qui donne lieu à ce dépôt.

Cette espèce de dépôt est un véritable contrat de dépôt; et tout ce que nous avons dit dans les chapitres précédents, en général, du contrat de dépôt, des obligations et des actions qui en naissent, peut s'appliquer à cette espèce, de même qu'à tous les autres dépôts.

76. La seule chose qui par le droit romain étoit particulière à cette espèce de dépôt, est que l'infidélité du dépositaire qui ne rendoit pas le dépôt étoit punie de la peine du double de la valeur des choses données en dépôt, parce que le malheur de celui qui a donné les choses en dépôt rend plus atroce la perfidie du dépositaire.

Cette peine du double n'est pas en usage dans notre jurisprudence.

La seule chose qui soit particulière à cette espèce de dépôt dans notre jurisprudence, est que la preuve par témoins de ce dépôt est reçue, lorsque le dépositaire en disconvient, à quelque somme que montent les choses qui font l'objet du dépôt; au lieu que dans les dépôts ordinaires, la preuve par témoins du dépôt n'est pas reçue, lorsque l'objet excède cent livres; *ordonnance de* 1667, *t.* 20, *art.* 2 et 3. La raison est que, dans le cas du dépôt nécessaire, il n'est pas au pouvoir de celui qui a fait le dépôt de s'en procurer une preuve par écrit, étant obligé de les confier à la hâte au premier venu, pour les sauver de l'incendie, du naufrage, de la ruine, ou du pillage.

§. II. Du dépôt de l'hôtellerie.

77. Le dépôt d'hôtellerie est le dépôt qu'un voyageur fait à un aubergiste chez qui il va loger, de certains effets, pendant le temps du séjour qu'il y doit faire.

Ce contrat dégénère du contrat de dépôt ordinaire, en ce que l'aubergiste ne se charge pas du dépôt, comme dans les dépôts ordinaires, par un pur office d'amitié, mais par une suite de son état d'aubergiste, et en considération du profit qu'il retire des voyageurs qu'il loge dans son auberge.

Quoique pour ce dépôt, considéré séparément, il ne re-

çoive aucune rétribution; néanmoins, comme ce dépôt est une suite du contrat principal qui intervient entre l'aubergiste et le voyageur, pour loger le voyageur, et lui fournir dans son auberge les choses dont il aura besoin, et que ce contrat est un contrat intéressé de part et d'autre, *et in quo utriusque contrahentis utilitas vertitur*, on peut regarder le dépôt qui intervient, comme une suite de ce contrat, comme un dépôt *in quo vertitur utriusque contrahentis utilitas;* et il doit par conséquent obliger l'aubergiste dépositaire à la prestation de la faute légère.

C'est ce que nous apprend Gaïus : *Nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodiâ; sed nauta, ut trajiciat vectores; caupo, ut viatores manere in cauponâ patiatur..... et tamen custodiæ nomine tenentur; sicut fullo et sarcinator, non pro custodiâ, sed pro arte mercedem accipiunt, et tamen custodiæ nomine ex locato tenentur*; l. 5, ff. *nautæ, caupones, etc.*

Ces termes, *custodiæ nomine tenentur*, signifient que ces personnes doivent apporter à la garde des effets qui leur sont confiés, non pas seulement de la bonne foi, comme dans le cas des dépôts ordinaires, mais un soin exact, et qu'elles sont en conséquence tenues de la faute légère.

78. Suivant ces principes, lorsque les choses données en dépôt par un voyageur à un aubergiste ont été volées dans l'auberge, quand même ce ne seroit pas par les domestiques de l'auberge que le vol auroit été fait, mais par des allants et venants, ou par d'autres voyageurs logés dans l'auberge, l'aubergiste en est responsable, parce que ce vol est présumé être arrivé par le défaut de soin de l'aubergiste; à moins que l'aubergiste ne justifie que c'est par quelque accident de force majeure qu'il est arrivé.

C'est de ce dépôt fait à un maître de navire, ou à un aubergiste, qu'il est dit : (Nauta) *factum non solùm nautarum præstare debet, sed et vectorum, sicut et caupo viatorum*; l. 2, §. *fin.*; l. 3, ff. *nautæ, caup.*

Il en est de même du cas auquel les choses données en

dépôt à l'aubergiste se trouvent endommagées. Il en est responsable, par quelque personne que ce soit qu'elles l'aient été; car on présume que c'est par le défaut de soin de l'aubergiste à les bien garder, que le dommage est arrivé; à moins qu'il ne justifie d'un cas de force majeure qui auroit causé le dommage, et qu'il n'auroit pu empêcher. C'est pourquoi Gaïus dit : *Quæcumque de furto diximus, eadem et de damno debent intelligi; non enim dubitari oportet quin is qui salvum fore recepit, non solùm à furto, sed etiam à damno recipere videatur*; l. 5, §. 1, ff. *d. tit.*

79. Observez que ce dépôt n'est pas censé intervenu par cela seul que le voyageur a apporté ses effets dans l'auberge au vu et su de l'aubergiste, s'il ne les lui a pas expressément donnés en garde. C'est pourquoi, si les effets de ce voyageur sont volés ou endommagés dans l'auberge par des allants et venants, ou même par d'autres voyageurs qui logent comme lui dans l'auberge, l'aubergiste n'en est pas responsable. Mais, si le vol avoit été fait, ou le dommage causé par les serviteurs de l'aubergiste, ou par ses pensionnaires, il en seroit responsable, quand même les choses ne lui auroient pas été données en dépôt; car il ne doit se servir pour domestiques, ni avoir pour pensionnaires, que des personnes dont il connoisse la fidélité; au lieu qu'il n'est pas obligé de connoître les voyageurs qui ne logent qu'en passant dans son auberge : *Caupo præstat factum eorum qui in eâ cauponâ ejus cauponæ exercendæ causâ ibi sunt, item eorum qui habitandi causâ ibi sunt, viatorum autem factum non præstat; namque viatorem sibi eligere caupo non videtur, nec repellere potest iter agentes, inhabitatores verò perpetuos ipse quodammodò elegit qui non rejecit, quorum factum oportet eum præstare*; l. 1, §. *fin.*, ff. *furt. adv. naut.*

Lorsqu'on ignore par qui le vol a été fait, ou le dommage causé, l'aubergiste à qui les choses n'ont pas été données en garde n'en est pas responsable; il faut, pour le rendre responsable, que le voyageur prouve que c'est

par des gens de la maison que le vol a été fait, ou le dommage causé.

Danti, sur le troisième chapitre de Boiceau (*de la Preuve par témoins*), est d'avis contraire. Il soutient, sur le fondement de quelques arrêts, qu'il suffit que les effets d'un voyageur soient entrés dans l'auberge, quoiqu'à l'insu de l'aubergiste, pour qu'il soit responsable du vol qui en a été fait, quoiqu'il n'y ait pas de preuve qu'il ait été fait par ses domestiques. Mais ces arrêts, qui ont pu être rendus sur des circonstances particulières et sur de fortes présomptions de fraude, ne sont pas décisifs, et ne peuvent détruire les principes de droit que nous avons tirés des lois romaines.

80. Un aubergiste n'est pas, à la vérité, responsable des effets que les voyageurs ne lui ont pas donnés en garde; mais les voyageurs sont censés les lui avoir donnés en garde, non-seulement lorsqu'ils les lui ont donnés à lui-même, mais lorsqu'ils les ont donnés à une personne préposée par l'aubergiste pour recevoir les dépôts des effets des voyageurs. A l'égard des dépôts qui auroient été faits à un domestique de l'auberge qui n'a point été préposé pour cela, ces dépôts n'obligent pas l'aubergiste : *Si qui operâ mediastini fungitur, non continetur, ut putà atriarii et focarii*; l. 1, §. 5, ff. *nautæ, caup.*

Les valets d'écurie doivent être censés préposés par les aubergistes pour recevoir en leur garde les chevaux et équipages des voyageurs.

81. Une autre chose en quoi les dépôts d'hôtellerie diffèrent des dépôts ordinaires, est que la preuve par témoins peut en être reçue, quoique l'objet excède la somme de cent livres.

C'est ce qui est décidé par l'ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 4, où il est dit : « N'entendons exclure la preuve par « témoins pour dépôts faits, en logeant dans une hôtellerie, « entre les mains de l'hôte ou de l'hôtesse, qui pourra être « ordonnée par le juge, suivant la qualité des personnes, « et les circonstances du fait. »

Ces derniers termes ont été ajoutés pour avertir les juges de n'admettre à cette preuve qu'avec beaucoup de circonspection, et d'avoir égard à la bonne ou mauvaise réputation, tant du voyageur que de l'aubergiste. Autrement, comme l'observa M. le premier président lors du procès-verbal, si cette preuve étoit indistinctement accordée à toutes sortes de personnes, les aubergistes seroient à la discrétion des filous : un filou viendroit loger dans une auberge, demanderoit à faire la preuve d'un prétendu dépôt qu'il diroit avoir fait à l'aubergiste; et pour faire cette preuve, il feroit entendre, comme témoins, deux filous de ses camarades.

§. III. Du dépôt irrégulier.

82. Le dépôt irrégulier est un contrat par lequel une personne qui a une somme d'argent, qu'il croit n'être pas en sûreté chez lui, la confie à un de ses amis, à la charge de la lui rendre lorsqu'il redemandera le dépôt, non les mêmes espèces, mais une pareille somme.

Ce dépôt diffère du véritable dépôt. Dans le véritable dépôt, celui qui a donné en dépôt à quelqu'un des espèces d'or ou d'argent, demeure le propriétaire des espèces; et même il continue d'en être le possesseur, le dépositaire ne les détenant qu'au nom de celui qui les lui a données en dépôt. Ce dépositaire, en conséquence, n'a pas le droit d'y toucher; et il est obligé de rendre les mêmes espèces, *in individuo*, qu'il a reçues. Au contraire, dans le dépôt irrégulier, celui qui donne la somme d'argent en dépôt, en convenant que le dépositaire lui rendra, non précisément les mêmes espèces, mais une pareille somme, est censé tacitement convenir de transférer au dépositaire la propriété des espèces dans lesquelles il lui a compté la somme, pour que le dépositaire s'en serve comme bon lui semblera, et qu'il soit seulement créancier de pareille somme. Le dépositaire, de son côté, prend les espèces à ses risques, et se rend débiteur, non de la restitution des espèces, mais d'une somme pareille à celle qui lui a été confiée.

On distingue pareillement dans le louage deux espèces de louage; le louage régulier, et le louage irrégulier : on y observe les différences que nous venons de rapporter, et qui s'appliquent pareillement au dépôt.

C'est ce que nous apprend Alfenus dans la fameuse loi *In navem Saufeii*, 31, ff. *locat.*, où il est dit : *Rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur, sicuti quùm vestimenta fulloni curanda locarentur; aut ejusdem generis redderetur, veluti quùm argentum fabro daretur ut vasa fierent..... ex superiore causâ rem domini manere, ex posteriore in creditum iri :* (Id est corpora alienari et locatorem fieri duntaxat similis quantitatis creditorem :) *Idem juris esse in deposito.*

83. Le dépôt irrégulier ressemble beaucoup au contrat de prêt *mutuum*. Le *dominium* des espèces est transféré, dans ce contrat, au dépositaire, de même qu'il est transféré à l'emprunteur dans le contrat de prêt. Le dépositaire contracte par ce contrat, de même que l'emprunteur, l'obligation de rendre, non les mêmes espèces *in individuo*, mais une somme pareille à celle qu'il a reçue : en conséquence les espèces, *ipsa nummorum corpora*, sont à ses risques, de même que, dans le contrat *mutuum*, elles sont aux risques de l'emprunteur; et si le dépositaire vient, par quelque accident de force majeure, à perdre les espèces, il n'en demeure pas moins obligé, de même qu'un emprunteur, à la restitution d'une somme pareille à celle qu'il a reçue.

La différence entre les deux contrats procède uniquement de la différence de la fin que se sont proposée les parties contractantes : le prêt *mutuum* se fait uniquement en faveur de l'emprunteur, qui a besoin de la somme qui lui est prêtée par ce contrat; c'est uniquement pour lui faire plaisir que le prêteur la lui prête.

Au contraire, le dépôt irrégulier se fait principalement en faveur de celui qui donne son argent à garder, dans la crainte qu'il ne soit pas en sûreté chez lui. Ce contrat n'intervient pas en faveur du dépositaire, qui ne demande pas cet argent, et qui pourrait s'en passer; ce n'est qu'*ex*

accidenti qu'on permet au dépositaire de se servir de l'argent qui lui est confié, jusqu'à ce qu'on le lui redemande, parceque, pourvu que celui qui a confié l'argent soit assuré que la somme lui sera rendue lorsqu'il la redemandera, il lui est indifférent que jusqu'à ce temps le dépositaire se serve de l'argent, ou que cet argent demeure oisif.

De la différence de ces contrats naissoient, par le droit romain, différents effets. L'emprunteur ne devoit pas des intérêts de la somme qui lui avoit été prêtée, ni *ex morâ*, ni *ex nudo pacto*; il falloit qu'il intervint une stipulation. Au contraire, dans dans le dépôt irrégulier, le dépositaire devoit les intérêts *ex nudo pacto et ex morâ*; l. 24, ff. *depos.*

Ces différences n'ont pas lieu dans notre droit. On ne peut stipuler des intérêts dans l'un ni dans l'autre contrat; et ils sont dus dans l'un et dans l'autre contrat, *ex morâ*, c'est-à-dire, du jour de la demande judiciaire; ou lorsque le titre est exécutoire, du jour du commandement.

C'est pourquoi, dans notre droit, la différence entre le prêt *mutuum* et le dépôt irrégulier ne se trouve guère que dans la théorie : *in praxi*, ces contrats ont les mêmes effets. On pourroit néanmoins assigner une différence, qui est que dans le prêt *mutuum* un prêteur ne seroit pas recevable à demander le paiement de la somme prêtée, le lendemain ou peu de jours après le prêt : cette demande précipitée seroit contraire à la fin du prêt; la somme ayant été prêtée à l'emprunteur pour qu'il s'en servît à ses besoins, il faut lui en laisser le temps. Au contraire, dans le dépôt irrégulier, celui qui a mis en dépôt la somme peut incontinent la redemander; car il est de la nature du dépôt, qu'il soit rendu aussitôt qu'il est redemandé. Le contrat n'est fait qu'en faveur de celui qui donne son argent à garder : la fin principale du contrat n'est pas d'accorder au dépositaire la faculté de s'en servir; ce n'est qu'*ex accidenti* qu'on le lui permet, de manière néanmoins qu'il soit toujours d'ailleurs en état de rendre la somme lorsqu'on la lui redemandera.

CHAPITRE IV.

Du séquestre, et des dépôts judiciaires.

84. Le *séquestre* est une espèce de dépôt que deux ou plusieurs personnes qui ont contestation sur une chose, font de la chose contentieuse à un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à celle d'entre elles à qui il sera décidé qu'elle doit être rendue.

Le terme de *séquestre* ne se prend pas seulement pour le contrat, il se prend aussi pour la personne à qui la garde de la chose contentieuse est confiée par ce contrat : *Sequester dicitur apud quem plures eamdem rem de quâ controversia est deposuerunt; dictus ab eo quòd occurrenti, aut quasi sequenti eos qui contendunt committitur;* l. 110, ff. *de verb. signif.*

Il y a deux espèces de séquestre, le *conventionnel* et le *judiciaire.*

Le *séquestre conventionnel* est le dépôt que les parties font de la chose contentieuse à un tiers, de leur consentement, sans qu'il ait été ordonné par le juge. C'est de cette espèce de séquestre que nous traiterons dans un premier article.

Le *séquestre judiciaire* est celui qui est ordonné par le juge : nous en traiterons au paragraphe second de l'article suivant.

ARTICLE PREMIER.

Du séquestre conventionnel.

85. Quoique le séquestre conventionnel soit une espèce de contrat de dépôt, il diffère néanmoins en plusieurs points du dépôt ordinaire.

La principale différence est, que le dépôt ordinaire se contracte entre deux parties, savoir, le déposant et le dépositaire; et lorsque plusieurs personnes déposent ensemble à quelqu'un une chose qui leur est commune, elles ne font

toutes ensemble qu'une partie, et chacune d'elles ne la dépose que pour la part qu'elle y a. Au contraire, le séquestre ne peut se contracter qu'entre trois parties au moins; car, outre le dépositaire, il faut au moins deux déposants qui, ayant chacun des intérêts contraires, sont des parties différentes, et qui sont chacun déposants pour le total, d'une chose que chacun d'eux prétend lui appartenir pour le total : *Licèt deponere, tàm unus, quàm plures possunt, attamen apud sequestrum nonnisi plures deponere possunt; nam tùm id fit quùm aliqua res inter plures in controversiam deducitur; itaque hoc casu unusquisque videtur in solidum deposuisse, quod aliter est quùm rem communem plures deponunt;* l. 17, ff. *depos.*

Lorsque la contestation sur la chose séquestrée est entre plus de deux personnes, il y a dans le contrat de séquestre, outre le dépositaire, autant de parties qu'il y a de contendants qui ont consenti au séquestre.

86. Une seconde différence entre le séquestre et le dépôt ordinaire est que, dans le dépôt ordinaire, on ne confie au dépositaire que la garde de la chose qui lui est déposée; on ne lui en transfère pas la possession, qui demeure par-devers le déposant, au nom duquel le dépositaire est censé la retenir. Au contraire, dans le contrat de séquestre, la possession de la chose séquestrée est quelquefois transférée au séquestre; ce qui arrive lorsque telle est l'intention des parties, dans le cas auquel elles sont en contestation sur la possession de la chose séquestrée.

C'est ce que nous apprenons de la même loi que nous venons de citer : *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est; nam tunc sequester possidet, quùm id agitur eâ depositione, ut neutrius possessioni in tempus procedat; d.* l. 17, §. 1.

87. Une troisième différence qui suit de la précédente, est que, suivant l'opinion commune que nous avons suivie, le dépôt ordinaire ne se fait que des meubles; au lieu

qu'on peut séquestrer des héritages aussi bien que des meubles.

88. La quatrième différence est que, dans le dépôt ordinaire, le dépositaire doit rendre la chose à celui qui la lui a donnée en garde, aussitôt qu'il la lui redemande; au lieu que, dans le contrat de séquestre, le séquestre ne la doit rendre qu'après que la contestation pour laquelle on a fait le séquestre a été terminée, et à celui seulement des déposants à qui il aura été décidé qu'elle doit être rendue.

Le séquestre ne peut pas, sans un juste sujet, se décharger plus tôt de la garde de la chose qui a été séquestrée entre ses mains : *Plerumquè non est permittendum, officium quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere, nisi justissimâ causâ interveniente*; l. 5, §. 2, ff. *d.* tit.

Lorsque le séquestre a un juste sujet de s'en décharger, tel qu'est le cas d'une infirmité habituelle qui lui seroit survenue, ou d'un long voyage qu'il auroit à faire, ou quelque autre raison semblable, il peut remettre la chose à la personne dont seront convenues les parties qui la lui ont séquestrée : si elles n'en peuvent convenir, le séquestre doit les assigner pour faire nommer un nouveau séquestre à qui il remettra la chose.

89. Aux différences près que nous venons de remarquer, le contrat de séquestre, lorsqu'il est gratuit, convient avec le dépôt ordinaire : le séquestre y contracte, pour le soin qu'il doit apporter à la garde de la chose séquestrée, et pour la restitution qu'il en doit faire, les mêmes obligations qu'un dépositaire dans le dépôt ordinaire.

Pareillement, dans le contrat de *séquestre*, les parties déposantes contractent envers le séquestre les mêmes obligations que le déposant, dans le dépôt ordinaire, contracte envers le dépositaire, pour le remboursement des impenses faites pour la chose déposée. Chacune des parties déposantes étant dans le contrat de séquestre, pour le total, déposante, comme nous l'avons vu, *suprà*, *n.* 84,

c'est une conséquence qu'elles sont solidairement tenues, envers le séquestre, de ce remboursement, pour lequel le séquestre a aussi le droit de retenir la chose séquestrée, jusqu'à ce qu'il ait été satisfait.

90. Lorsque le contrat de séquestre n'est pas gratuit, et qu'on accorde, par le contrat, au séquestre une récompense pour les soins qu'il doit apporter à la chose séquestrée, le contrat de séquestre tient, en ce cas, plutôt du contrat de louage que du dépôt; et le séquestre est, de même que dans le contrat de louage, tenu de la faute légère.

ARTICLE II.

Des dépôts judiciaires.

Il y a plusieurs espèces de dépôts judiciaires : 1° le dépôt qui se fait des meubles saisis, lors d'une saisie de meubles; 2° le séquestre qui est ordonné par le juge; 3° le dépôt que le juge permet à un débiteur de faire de la chose qu'il doit, faute par le créancier de la recevoir; 4° les dépôts qui se font aux receveurs des consignations. Chacune des trois premières espèces occupera un paragraphe : la quatrième sera traitée dans un article à part.

§. I. Des dépôts de meubles saisis.

91. L'établissement de gardien aux effets saisis, qui se fait par une saisie de meubles, est une espèce de dépôt judiciaire, parcequ'il est fait par le ministère d'un sergent, qui est un officier de justice, et parceque ce gardien reçoit, comme de la main de la justice, les effets saisis qui sont confiés à sa garde, la saisie qui en a été faite ayant mis lesdits effets sous la main de la justice.

J'ai dit que l'établissement de gardien aux effets saisis étoit un *espèce* de dépôt; car le contrat que l'établissement de gardien aux effets saisis renferme, n'est *dépôt* qu'improprement, puisqu'il n'est pas gratuit, et que le gardien doit être payé de sa garde : c'est un contrat qui tient plus du louage que du dépôt.

92. C'est au nom de la justice et du saisissant que le sergent établit le gardien, et qu'il lui confie la garde des effets saisis. C'est pourquoi, dans le contrat que l'établissement de gardien renferme, le saisissant est partie contractante; et il est censé contracter, par le ministère de son sergent, avec le gardien. C'est envers le saisissant que le gardien contracte l'obligation d'apporter à la garde des effets saisis le soin d'un diligent père de famille, et de les représenter, soit pour être vendus, si la saisie est suivie, soit pour être, à la décharge du saisissant, rendus à la partie saisie, en cas de main-levée de la saisie. Le saisissant, de son côté, s'oblige envers le gardien à lui payer un salaire pour chaque journée qu'il aura vaqué à la garde, tel qu'il sera taxé par le juge, et à le rembourser de ses impenses, s'il en a faites.

Ce n'est qu'envers le saisissant que le gardien contracte ces obligations. S'il peut être poursuivi par la partie saisie, en cas de main-levée, pour la représentation des effets saisis, et pour les dommages et intérêts résultants des détériorations causées par sa faute aux effets saisis, ce n'est qu'indirectement, et *celeritate conjungendarum actionum*, parce qu'il est obligé envers le saisissant d'acquitter ce saisissant de l'obligation qu'il a contractée à cet égard par la saisie envers la partie saisie.

93. Le gardien n'a que la garde des effets saisis, *nudam custodiam*. La saisie ne prive la partie saisie que de la garde et de la nue détention des effets saisis; la possession en demeure à la partie saisie, suivant cette maxime, *Main de justice ne dessaisit personne*; et, jusqu'à ce qu'ils soient vendus, le saisi les possède par le saisissant et par son gardien, qui ne les détiennent que comme effets appartenants à un tel et sur lui saisis, et par conséquent les détiennent en son nom.

94. Il reste à observer que l'ordonnance de 1667, *tit.* 19, *art.* 13, défend aux huissiers et sergents d'établir pour gardiens aux saisies qu'ils font, aucun de leurs parents et alliés; ce qui doit s'entendre jusqu'au degré de cousins

germains inclusivement, par argument de l'article 5 du même titre.

La raison de cette défense est la crainte que, dans la vue de favoriser leurs parents, auxquels ils voudroient procurer quelque petit profit, ils n'établissent pour gardien quelqu'un de leurs parents, qui ne seroit pas suffisamment solvable, et en état de répondre des effets saisis.

Il est pareillement défendu aux sergents et huissiers d'établir pour gardiens la femme ou les enfants du saisi. La raison est, de peur que l'empire que le débiteur a sur ces personnes ne les empêche de s'opposer au divertissement qu'il voudroit faire des effets saisis.

Ces défenses n'étant faites qu'en faveur du saisissant, il s'ensuit que l'établissement de quelqu'une de ces personnes pour gardien est valable, lorsque le saisissant y a expressément consenti.

Lorsque le sergent a contrevenu à l'ordonnance, en établissant, sans le consentement du saisissant, à la garde des effets saisis, quelqu'une des personnes prohibées, il est responsable des effets saisis. C'est en cela que consiste la peine des dommages et intérêts que l'ordonnance prononce.

95. Lorsque la partie saisie, pour éviter les frais de garde, présente un dépositaire, c'est-à-dire, une personne qui veut bien se charger de la garde des effets, et que le saisissant, ou son sergent pour lui, accepte ce dépositaire, il se forme entre la partie saisie, le saisissant et le dépositaire, un contrat de la classe des dépôts séquestres, par lequel le saisissant et le saisi chargent chacun le dépositaire de la garde des effets saisis; lequel dépositaire s'oblige, savoir, envers le saisissant, à la représentation des effets saisis, dans le cas auquel la saisie seroit suivie, et qu'il faudroit les vendre; et envers la partie saisie, à les lui rendre, dans le cas auquel elle auroit main-levée de la saisie.

Ce contrat diffère du précédent, 1° en ce que le contrat précédent n'intervient qu'entre le saisissant et le gardien;

c'est le saisissant seul qui charge le gardien, établi par son huissier, de la garde des effets saisis : le saisi n'est pas partie de ce contrat.

C'est pourquoi le saisi, pour le compte qui lui est dû des effets saisis, et pour la restitution qui lui en doit être faite, lorsqu'il a la main-levée de la saisie, a pour seul débiteur direct le saisissant, lequel a contracté, par la saisie, cette obligation envers lui : car la saisie est un quasi-contrat qui forme, entre le saisissant et le saisi, des obligations respectives semblables à celles qui naissent du contrat de gage.

Il ne peut avoir pour débiteur direct le gardien établi à la saisie, avec qui il n'a pas contracté. Ce n'est qu'indirectement, et *celeritate conjungendarum actionum*, qu'il peut attaquer le gardien, parceque ce gardien étant obligé envers le saisissant à rendre compte de la saisie, et à représenter les effets saisis, il doit acquitter le saisissant de l'obligation que celui-ci a contractée à cet égard envers le saisi.

Au contraire, dans le contrat qui se fait entre le saisi, le saisissant et le dépositaire, le dépositaire est chargé des effets saisis, par le saisi et le saisissant, chacun *in solidum;* le dépositaire s'oblige envers le saisi, aussi bien qu'envers le saisissant. C'est pourquoi, lorsque le saisi a obtenu main-levée de la saisie, c'est son dépositaire qui est son débiteur direct pour le compte qui doit lui être rendu de la saisie, et pour la représentation des effets saisis. Le saisi ne peut former pour cela demande contre le saisissant : ayant choisi lui-même son dépositaire pour lui donner la garde de ses effets saisis, il n'en peut rendre le saisissant responsable.

96. 2° Ce contrat-ci diffère du précédent, en ce que le précédent n'est pas un vrai contrat de dépôt, n'étant pas gratuit, puisque le gardien est payé de sa garde. Au contraire, dans ce contrat-ci, le dépositaire se chargeant gratuitement de la garde des effets saisis, ce contrat est un vrai contrat de dépôt. Ce n'est pas, à la vérité, un dépôt simple; c'est une espèce de dépôt séquestre.

Il ne faut pas en conclure que le dépositaire des effets saisis ne soit tenu envers le saisissant que d'apporter de la bonne foi à la garde des effets saisis, et qu'il ne soit tenu envers lui que *de dolo et latâ culpâ*, comme un dépositaire ordinaire : il faut penser, au contraire, que le dépositaire des effets saisis est tenu envers le saisissant d'apporter à la garde des effets saisis tout le soin dont est capable un diligent père de famille, et qu'en conséquence il est tenu envers le saisissant, non-seulement *de dolo et latâ culpâ*, mais encore *de levi culpâ*. La raison est que, le saisissant étant en droit d'établir un ou plusieurs gardiens aux effets saisis, lesquels, étant payés de leur garde, auroient été obligés d'y apporter tout le soin dont un diligent père de famille est capable, et auroient été tenus en conséquence de la faute légère envers le saisissant; si le saisissant, pour éviter les frais de garde au saisi, qui les doit supporter, lorsque la saisie est valable, a, au lieu de gardien, accepté le dépositaire qui lui a été offert, cela ne doit pas lui préjudicier; et ce dépositaire doit en conséquence être tenu envers le saisissant au même soin auquel auroit été tenu le gardien que le saisissant auroit établi.

On peut tirer, pour cette décision, argument de ce qui a été décidé *suprà, n.* 30, qu'un dépositaire qui s'est offert au dépôt est tenu de la faute légère, parcequ'il peut, en s'offrant, avoir empêché que la chose ne fût confiée à la garde d'une autre personne qui eût été plus soigneuse que lui.

A l'égard du saisi, lorsque, ayant eu main-levée de la saisie, c'est à lui que le dépositaire doit rendre compte de la saisie, je ne pense pas qu'il puisse exiger rien de plus que la bonne foi de ce dépositaire : ne s'étant rendu dépositaire qu'à sa prière, il ne doit être tenu envers lui que *de dolo et latâ culpâ*.

97. Il nous reste à observer que le dépositaire est, aussi bien que le gardien établi à la garde des effets saisis, contraignable par corps à la représentation des effets saisis. Tous les dépositaires judiciaires y sont sujets.

§. II. Du séquestre judiciaire.

98. Le séquestre judiciaire est celui qui est ordonné par le juge.

Le juge ordonne ce séquestre en plusieurs cas. Par exemple, lorsque des parties se disputent non seulement la propriété, mais la possession d'une chose, et que ni l'une ni l'autre des parties n'a pu justifier en avoir la possession, le juge en ordonne le séquestre jusqu'à la décision du procès sur la propriété.

Le juge ordonne aussi quelquefois le séquestre des effets d'une succession, lorsque les contestations qui sont entre les héritiers paroissent de nature à en devoir retarder long-temps la liquidation.

Dans ces cas et autres, lorsque le juge a ordonné que les choses seroient séquestrées entre les mains d'un séquestre qui seroit convenu entre les parties, sinon nommé d'office; si, en exécution de ce jugement, les parties sont convenues entre elles d'une personne pour séquestre, que le juge en conséquence a nommée; en ce cas, ce séquestre judiciaire est un contrat qui ne diffère en rien du séquestre conventionnel extrajudiciaire, sauf que l'autorité de la justice qui accède à ce contrat rend plus étroites les obligations de celui qui est nommé à ce séquestre, et le rend sujet à la contrainte par corps. Au surplus, tout ce que nous avons dit *suprà*, du séquestre conventionnel extrajudiciaire, peut ici recevoir application.

Lorsque, les parties n'ayant pu convenir, le séquestre a été nommé d'office par le juge, cet établissement de séquestre n'est pas un contrat de séquestre; car un contrat ne peut être formé que par le consentement des parties; mais c'est un quasi-contrat qui produit entre ce séquestre et les parties litigantes les mêmes obligations respectives que produit le séquestre conventionnel.

§. III. Du dépôt des choses dues, qui est ordonné ou confirmé par le juge.

99. Le dépôt qu'un débiteur fait, par autorité de justice, de la somme ou de la chose par lui due, à défaut par le créancier de la recevoir, est aussi une espèce de dépôt judiciaire.

C'est un dépôt judiciaire, soit qu'il ait été précédé d'une ordonnance du juge qui ait permis au débiteur de faire le dépôt, soit que le débiteur, après une sommation faite par un sergent au créancier, ait fait ce dépôt à la personne, au jour et au lieu portés par la sommation, où le créancier a été sommé de se trouver, et qu'ensuite il l'ait fait déclarer bon et valable par une sentence contradictoire avec le créancier, ou rendue par défaut contre lui.

Un débiteur peut déposer, par autorité de justice, la somme qu'il doit, non-seulement en cas de refus du créancier de recevoir, mais en général toutes les fois que le débiteur qui veut se libérer, et qui en a le droit, est empêché de payer à son créancier; *putà*, lorsqu'il y a des arrêts faits entre ses mains : en ce cas, le débiteur qui veut se libérer peut faire le dépôt de ce qu'il doit, en vertu d'une sentence qui le lui permettra, et qui sera rendue avec le créancier et les arrêtants, ou, par défaut, contre eux.

Le débiteur n'est libéré par ce dépôt, qu'envers les parties avec lesquelles il a fait rendre la sentence.

Ce dépôt qu'un débiteur fait, par autorité de justice, de ce qu'il doit, s'appelle *consignation :* nous en avons parlé en notre *Traité des Obligations*, *part.* 3, *ch.* 1, *art.* 8, où nous renvoyons.

ARTICLE III.

Des dépôts de deniers qui se font chez le receveur des consignations.

100. Il y a dans la plupart des cours et des juridictions du royaume un receveur des consignations, qui est un officier public établi pour recevoir la consignation du prix des biens qui sont vendus en justice.

Ces offices ont été créés par un édit de Henri III, du mois de juin 1578. On a depuis créé plusieurs autres offices pour les consignations, qui ont été ensuite réunis aux offices de receveurs des consignationts; et on leur a attribué, pour les finances qu'on leur a fait payer dans les besoins de l'Etat, de très-gros droits sur les prix des biens vendus en justice.

Nous ne nous arrêterons pas à traiter de ces droits; nous renvoyons aux édits, déclarations du roi et règlements, dont on trouve un recueil à la fin du *Traité de la vente des immeubles par décret*, de M. d'Héricourt, pour savoir quels sont les différents droits dus au receveur des consignations, quelles sont les différentes ventes judiciaires dont le prix doit être porté au bureau du receveur des consignations, quelles sont celles dont le prix est sujet aux différents droits de consignation, quoiqu'il ne doive pas être consigné.

Nous nous bornerons à traiter sommairement de la nature de cette consignation, des effets qu'elle produit, et des obligations du receveur des consignations.

§. I. De la nature de cette consignation.

101. La consignation que les adjudicataires des biens vendus en justice font du prix de leur adjudication entre les mains du receveur des consignations, est une espèce de dépôt judiciaire.

C'est une espèce de dépôt; car, de même que dans le dépôt ordinaire, le dépositaire se charge de la garde des deniers, ou des autres choses qui lui sont confiées, et qu'il s'oblige de les rendre au déposant, ou à ceux à qui le déposant lui a donné ordre de les rendre; pareillement, par la consignation qui est faite du prix des biens vendus en justice au receveur des consignations, ce receveur se charge de la garde des deniers consignés, et s'oblige de les rendre, après que l'ordre du prix consigné aura été arrêté, à ceux des créanciers qui, par cet ordre, auront été utilement colloqués pour les recevoir.

102. Ce dépôt est néanmoins très-différent des dépôts ordinaires. Le dépôt ordinaire renferme un office d'ami que le dépositaire rend au déposant, en se chargeant gratuitement, et pour lui faire plaisir, de la garde des choses qu'il lui confie.

Au contraire, le dépôt que l'adjudicataire fait du prix de son adjudication entre les mains du receveur des consignations ne contient rien moins qu'un office d'ami. Ce n'est point dans la vue de faire plaisir à l'adjudicataire, ni aux créanciers à qui le prix de l'adjudication est dû, qu'il se charge de le garder; il se fait payer très-chèrement de cette garde par les gros droits qu'il retient sur ce prix.

103. Le dépôt ordinaire se forme par un contrat entre le déposant et le dépositaire, qui est le contrat de dépôt. Au contraire, la consignation du prix des biens vendus en justice, qui se fait entre les mains du receveur des consignations, ne renferme proprement aucun contrat.

Il n'en intervient aucun entre ce receveur et l'adjudicataire qui consigne entre ses mains le prix de son adjudication. Cette consignation n'est, vis-à-vis de cet adjudicataire, rien autre chose qu'un paiement qu'il fait du prix de son adjudication à cet officier, qui, par son office, a pouvoir et qualité de recevoir ce prix pour ceux à qui il est dû, et d'en donner une valable décharge à l'adjudicataire.

Il n'intervient non plus proprement aucun contrat entre ce receveur et les créanciers à qui le prix est dû, et pour lesquels il le reçoit. Il est vrai qu'il reçoit pour eux le prix de l'adjudication, et qu'il contracte envers eux l'obligation de garder les deniers qui lui ont été consignés, et de les rendre, sous la déduction de ses droits, après que l'ordre aura été arrêté, à ceux des créanciers qui se trouveront avoir été utilement colloqués à l'ordre pour les recevoir. Mais cette obligation, que le receveur contracte envers ces créanciers, naît plutôt d'un quasi-contrat que la loi forme, que d'un contrat : car, si ce receveur reçoit pour les créanciers le prix de l'adjudication, c'est sans qu'il soit

intervenu pour cela aucune convention entre lui et les créanciers. Ce ne sont pas les créanciers qui l'ont préposé, c'est le titre de son office qui le commet pour recevoir pour eux, quand même ils ne voudroient pas que ce fût lui qui reçût.

§. II. Des effets de cette consignation.

Le premier effet de cette consignation est de procurer à l'adjudicataire qui l'a faite, la libération du prix de son adjudication, prix dont l'adjudication l'avoit rendu débiteur envers les créanciers saisissants et opposants qui doivent le toucher à l'ordre. Le receveur des consignations ayant, par la loi et par le titre de son office, pouvoir et qualité de recevoir pour les créanciers le prix de l'adjudication, le paiement que l'adjudicataire lui en fait par consignation est aussi valable, et libère aussi parfaitement l'adjudicataire envers les créanciers, que s'il payoit à eux-mêmes. Cela est conforme aux principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations*, *part.* 3, *ch.* 1, *art.* 1, §. 3.

104. Un second effet de cette consignation est que la propriété des deniers consignés est transférée aux créanciers saisissants et opposants, pour la part que chacun d'eux se trouvera, par l'ordre, avoir droit de toucher. La preuve de cette proposition est facile. Le receveur des consignations a, par le titre de son office, pouvoir et qualité de recevoir le prix des biens vendus en justice, pour et au nom de ceux à qui ce prix est dû. Les créanciers saisissants, et les opposants, qui, par leur opposition, sont comme des cosaisissants, étant les vendeurs de l'héritage, c'est à eux que le prix est dû : c'est donc pour eux et en leur nom que le receveur des consignations reçoit le prix. Or, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations*, le paiement fait à une personne qui a pouvoir et qualité de recevoir pour le créancier, est aussi valable que s'il étoit fait au créancier; et la propriété de la chose payée est transférée au créancier par le ministère de cette personne qui la reçoit au nom dudit créancier, comme si

le créancier la recevoit par ses propres mains. Car nous pouvons acquérir la propriété des choses non-seulement par nous-mêmes, mais par le ministère des personnes qui les reçoivent en notre nom : *Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo, eique sit tradita eo nomine, dominium mihi acquiritur etiam ignoranti;* l. 13, ff. *de acq. rer. dom.*

En cela, cette consignation est différente de celle qu'un débiteur fait de la somme qu'il doit, sur le refus que son créancier fait de la recevoir. Une telle consignation ne peut pas transférer au créancier la propriété des deniers, qui ne sont consignés que parcequ'il refuse de les recevoir : car on ne peut acquérir la possession d'une chose, ni par conséquent la propriété qui s'acquiert par la possession, si on ne veut l'acquérir : *Adipiscuntur possessionem corpore et animo;* l. 3, §. 1, ff. *de acq. possess.*; et le créancier ne peut pas paroître vouloir acquérir ce qu'il refuse de recevoir. Au contraire, lorsqu'un adjudicataire des biens vendus en justice consigne le prix de son adjudication entre les mains du receveur des consignations, les créanciers auxquels il est dû ne sont pas refusants; ils sont, au contraire, très-consentants d'acquérir la propriété des deniers consignés, par le ministère du receveur qui les reçoit pour eux et en leur nom.

105. La propriété des deniers consignés étant acquise par la consignation aux créanciers saisissants et opposants, qui doivent les toucher, pour la part qu'il paroîtra, par l'ordre, que chacun d'eux en doit toucher, il s'ensuit que le débiteur saisi est, par la consignation, et dès l'instant de la consignation, libéré d'autant envers eux : car c'est un principe que, lorsqu'un créancier vend la chose qui lui est hypothéquée, le débiteur est libéré jusqu'à concurrence du prix que le créancier a reçu.

Il n'est pas nécessaire, pour que le débiteur soit libéré, d'attendre que l'ordre soit fait; car les créanciers sont censés avoir reçu, par la consignation, et dès l'instant de la consignation, chacun la part qui leur revient dans la

somme consignée : ce n'est pas le jugement d'ordre qui la leur donne, il ne fait que déclarer quelle est cette part.

C'est conformément à ces principes qu'il a été jugé par deux arrêts rapportés par Louet, sur la *lettre C*, *chap.* 50, l'un du 13 décembre 1594, l'autre du 20 juillet 1598, que la perte des deniers consignés, survenue par quelque accident de force majeure avant que l'ordre eût été fait, devoit tomber sur les créanciers, puisqu'ils en étoient devenus les propriétaires par la consignation.

Si la consignation ne faisoit pas acquérir aux créanciers la propriété des deniers consignés, dès l'instant qu'elle est faite; si les créanciers, jusqu'au jugement d'ordre, ne tenoient ces deniers qu'en arrêt entre les mains du receveur des consignations, comme ils tenoient l'héritage saisi avant qu'il fût adjugé, la perte des deniers consignés, survenue avant le jugement d'ordre, ne devroit pas tomber sur les créanciers, de même que la perte de l'héritage saisi qui viendroit à périr pendant le cours de la saisie réelle avant l'adjudication ne tomberoit pas sur eux. Les créanciers ne peuvent supporter la perte des deniers consignés, survenue avant le jugement d'ordre, que comme propriétaires de ces deniers, ou comme étant en demeure de les recevoir. On ne peut pas dire qu'ils soient en demeure; car la nécessité qu'il y a de faire un ordre avant qu'ils puissent les toucher, vient plutôt du fait du débiteur saisi, que du leur; et c'est en conséquence de cela qu'on fait porter au débiteur saisi les frais de l'ordre. Il ne reste donc plus de raison pour faire tomber la perte des deniers consignés sur les créanciers, que celle qu'ils en sont les propriétaires. Les arrêts, en jugeant que cette perte devoit tomber sur eux, ont donc supposé et jugé qu'ils étoient devenus propriétaires de ces deniers dès l'instant de la consignation.

106. Nous apprenons du même auteur, *lett. C*, *chap.* 51, qu'il s'étoit aussi présenté au palais une question qui ne fut pas jugée; c'étoit de savoir si la perte des deniers consignés, survenue avant que l'ordre eût été fait, devoit être

supportée indistinctement par tous les créanciers saisissants et opposants, au sou la livre de leurs créances, ou si elle ne devoit être supportée que par ceux qui devoient venir en ordre pour la toucher. On doit, suivant les principes que nous avons établis, décider qu'elle ne doit être supportée que par ceux-ci, pour la part que chacun d'eux auroit dû toucher dans cette somme : car le receveur des consignations n'a reçu la somme consignée que pour ceux qui avoient le droit de la toucher, et non pour ceux qui n'y avoient aucun droit. Il n'en a acquis la propriété qu'à ceux qui avoient droit de la toucher, pour la part que chacun d'eux avoit droit de toucher. Ce n'est donc que sur eux que la perte des deniers consignés doit tomber, puisque ce sont eux qui en sont les propriétaires. On ne peut pas dire qu'avant le jugement d'ordre les créanciers n'ont pas plus de droit les uns que les autres à la somme consignée : car ce n'est pas l'ordre qui donne à chaque créancier la part qu'il doit avoir dans la somme consignée; ce sont ses priviléges et ses hypothèques qui la lui donnent. Cette part lui appartient avant que l'ordre ait été réglé; l'ordre ne fait que la déclarer.

107. Contre les principes que nous venons d'établir, on oppose que, dans tous les jugemens d'ordre, on adjuge aux créanciers qui se trouvent en ordre pour toucher les deniers consignés, les intérêts de leurs créances, jusqu'au jour du jugement d'ordre, et non pas seulement jusqu'au jour de la consignation : donc, dira-t-on, les créanciers ne sont pas payés, dès l'instant de la consignation, par les deniers consignés; car, s'ils l'étoient, les intérêts ne courroient plus; une créance qui est acquittée ne peut plus produire d'intérêts.

Cette objection m'avoit paru si forte, qu'elle m'avoit porté à décider, dans mon *Introduction au titre des Criées de la Coutume d'Orléans*, que la propriété des deniers consignés n'étoit pas acquise, dès l'instant de la consignation, aux créanciers qui devoient les toucher; mais depuis j'ai changé d'avis. Les raisons que nous avons

ci-dessus rapportées me paroissent établir suffisamment qu'elle leur est acquise par la consignation. Mais comme ces créanciers, quoique devenus, par la consignation, propriétaires des effets consignés, ne peuvent néanmoins les toucher et s'en servir pour leurs affaires, qu'après l'ordre arrêté, et que c'est par le fait du débiteur saisi, qui a donné lieu à la nécessité qu'il y a de faire un ordre, qu'ils sont empêchés de les toucher, il doit les dédommager de ce tort qu'ils souffrent par son fait, en continuant de leur payer des intérêts jusqu'au jugement d'ordre qui lève l'empêchement. A l'égard de l'objection que des créances payées ne peuvent plus produire d'intérêts, la réponse est que ce ne sont pas les créances qui les produisent, mais le retard que souffrent les créanciers de pouvoir toucher les espèces dans lesquelles elles ont été payées. Comme c'est par le fait du débiteur qu'ils souffrent ce retard, il doit les en dédommager par ces intérêts.

108. Enfin, l'obligation que le receveur des consignations contracte par la consignation, est un des effets de la consignation; cette obligation doit faire la matière du paragraphe suivant.

§. III. De l'obligation que le receveur des consignations contracte par la consignation.

109. Le receveur des consignations contracte, par la consignation, l'obligation de garder avec fidélité et avec soin les deniers qui lui sont consignés, et de les délivrer, sous la déduction de ses droits de consignation, après que l'ordre aura été arrêté, aux créanciers, tant saisissants qu'opposants, pour la part quant à laquelle chacun d'eux aura été utilement colloqué dans l'ordre.

Il contracte cette obligation envers lesdits créanciers, et même quelquefois aussi envers le saisi, dans le cas où, s'étant trouvé dans les deniers consignés de quoi satisfaire tous les créanciers, tant en principaux, intérêts, que frais, il en resteroit encore quelque chose; car c'est en ce cas que ce restant devroit être délivré au saisi.

110. La fidélité que le receveur des consignations doit apporter à la garde des sommes de deniers qui lui sont consignées, ne lui permet pas de s'en servir : autrement, il se rendroit coupable de vol ; *suprà*, *n.* 34.

111. Il ne suffit pas au receveur des consignations d'apporter de la fidélité à la garde des deniers qui lui sont confiés, il doit y apporter tout le soin possible ; et la faute la plus légère de sa part, ou de celle de ses commis, suffit pour le rendre responsable de la perte qui en arriveroit.

On peut tirer pour notre décision un argument de ce qui est décidé par la loi 1, §. 35, ff. *depos.*, que celui qui s'est présenté lui-même pour se charger d'un dépôt, est tenu de la faute la plus légère, parce qu'il a pu, en se présentant, empêcher qu'une autre personne plus diligente que lui ne s'en chargeât, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 30. On peut dire pareillement que le receveur des consignations, en se présentant de lui-même pour remplir l'office de receveur des consignations, s'est comme présenté de lui-même à la garde de tous les dépôts qui dépendent de son office, et qu'il a empêché que quelque autre personne qui auroit pu être plus soigneuse que lui ne remplît son office, et ne fût chargée des dépôts qui en dépendent.

Ajoutez que les receveurs des consignations se faisant payer très-chèrement de leur garde, pour les gros droits de consignation qui leur sont attribués, ils doivent apporter à cette garde un soin proportionné à l'émolument qu'ils en retirent.

112. Ce n'est qu'après le jugement d'ordre, que le receveur des consignations doit rendre la somme consignée, pour la part pour laquelle chacun d'eux a été colloqué par l'ordre.

113. Il doit la leur rendre dans les mêmes espèces qui lui ont été consignées ; car c'est de la restitution de ces mêmes espèces, *in individuo*, qu'il est débiteur : c'est pourquoi si elle venoit à se perdre sans sa faute, par quelque accident de force majeure, il seroit libéré de son

obligation, comme le sont tous les débiteurs de corps certains; et la perte seroit supportée par les créanciers, qui auroient dû venir en ordre pour les toucher, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 104.

Par la même raison, s'il survenoit, depuis la consignation, une diminution sur les espèces, cette diminution devroit tomber sur les créanciers colloqués utilement dans l'ordre; et le receveur des consignations ne seroit obligé de délivrer à chacun d'eux que le nombre d'espèces qui, au temps de la consignation, faisoient la somme pour laquelle chacun d'eux se trouve colloqué dans l'ordre, quoiqu'au moyen de la diminution survenue dans les espèces elles ne fissent plus cette somme.

Vice versâ, si c'étoit une augmentation qui fût survenue sur les espèces depuis la consignation, lesdits créanciers en devroient profiter; et le receveur des consignations devroit délivrer à chacun d'eux le même nombre d'espèces qui, au temps de la consignation, faisoient la somme pour laquelle chacun d'eux se trouve colloqué dans l'ordre, quoiqu'au moyen de l'augmentation elles fissent une somme beaucoup plus grande.

Par exemple, si j'ai été colloqué pour une somme de 2,400 livres, à laquelle monte ma créance en principal, arrérages et frais, dans l'ordre d'une somme consignée en louis d'or de 24 livres, et que depuis la consignation il soit survenu une augmentation sur les espèces, qui les ait fait valoir trente livres, le receveur des consignations me devra compter cent louis d'or, qui lors de la consignation faisoient précisément la somme de 2,400 livres, pour laquelle j'ai été colloqué, quoique ces cent louis d'or, au moyen de l'augmentation, soient de valeur de 3,000 livres.

114. Cette obligation que le receveur des consignations contracte, de rendre les deniers consignés à ceux auxquels il aura été jugé qu'ils appartiennent, est imprescriptible. L'édit du mois de février de 1679, article 36, s'exprime ainsi : « Les deniers consignés pourront être perpétuelle-

« ment réclamés, sans qu'en aucun cas les receveurs puis-
« sent alléguer prescription, pour quelque laps de temps
« que ce soit; et, à cet effet, ils seront tenus de représenter
« en tout temps leurs registres et quittances par-devant les
« juges de leur exercice, quand il sera ainsi ordonné, sur
« les conclusions de nos procureurs, ou sur celles des parties
« intéressées. »

La déclaration du Roi, du 16 juillet 1669, article 16, porte la même chose.

La raison est que la qualité de receveur des consignations, chez qui est ou doit se trouver la caisse des consignations, dans laquelle sont ou doivent être les deniers consignés, réclame perpétuellement contre ces receveurs pour la restitution des deniers consignés à ceux pour et au nom desquels ils les ont reçus, et envers lesquels il s'en sont rendus dépositaires.

115. Le receveur des consignations étant un dépositaire judiciaire, il est contraignable par corps à la restitution des effets consignés.

Cette contrainte lui est personnelle; ses héritiers, qui succèdent à son obligation, n'en sont tenus que civilement.

Observez néanmoins que le Roi ayant voulu que les receveurs des consignations fussent tenus de la restitution des deniers consignés, comme pour deniers royaux, on n'accorde pas à leurs héritiers le bénéfice d'inventaire pour la dette des consignations; *arrêt du* 16 *juillet* 1618, *rapporté par Brodeau sur Louet, lett. H, art.* 18.

116. Lorsque le receveur des consignations a dissipé les deniers consignés, qui ne se trouvent plus dans sa caisse, ceux à qui ils appartenoient, outre l'action personnelle qu'ils ont contre le receveur des consignations, ont un privilége sur l'office de ce receveur, qu'ils peuvent saisir réellement et faire vendre, pour être payés sur le prix de l'office.

L'office étant le gage naturel de ceux envers qui l'officier contracte des obligations pour raison des fonctions de son office, ce privilége qu'ont sur l'office de receveur des con-

signations, ceux à qui appartenoient les deniers consignés qu'il a dissipés, l'emporte sur toutes les hypothèques et sur tous les autres priviléges que pourroient avoir les autres créanciers de ce receveur, même sur celui qu'a le vendeur de l'office, pour le prix qui en est dû.

En cela, cette consignation est différente de celles qui auroient été faites, quoique par ordonnance de justice, à un notaire ou à un greffier de la justice : il n'y a, pour raison de ces consignations, aucun privilége sur l'office du notaire ou du greffier qui les a reçues. La raison de différence est que les obligations qu'un receveur des consignations contracte par les consignations qu'il reçoit, sont contractées pour raison de son office; ce qu'on ne peut pas dire de celle que contracte un notaire ou un greffier en recevant une consignation, cela n'étant pas une fonction dépendante absolument de son office.

Lorsque le receveur des consignations a reçu différentes consignations en différents temps, dont les deniers ont été dissipés, les créanciers de ces différentes consignations ont tous un privilége égal sur l'office, sans que les créanciers de la plus ancienne consignation puissent prétendre aucune préférence sur les créanciers des consignations qui ont été faites depuis. Cette décision est fondée sur cette règle de droit : *Privilegia æstimantur non ex tempore, sed ex causâ;* l. 17, ff. *de privil. credit.* : d'où il suit que les priviléges de ces différents créanciers, ayant tous une même cause, doivent tous concourir.

117. Enfin, ceux à qui appartenoient les deniers consignés que le receveur des consignations a dissipés, ont une hypothèque sur tous les biens du receveur des consignations, du jour de la consignation qui en a été faite. C'est ce qui a été jugé par un arrêt de la veille de la Notre-Dame de septembre de l'an 1582, cité par Mornac, *ad* l. 7, §. 3, ff. *depos.* Il y a d'autres arrêts qui ont donné cette hypothèque du jour de la réception du receveur des consignations en son office. L'arrêt cité par Mornac me paroît le plus régulier. L'hypothèque ne peut naître avant

l'obligation de la personne, dont elle est l'accessoire; et par conséquent elle ne peut naître avant la consignation des deniers, par laquelle le receveur des consignations contracte l'obligation de les rendre.

118. L'obligation du receveur des consignations ne peut s'éteindre que de deux manières; ou par la perte des deniers consignés, survenue sans sa faute par quelque accident de force majeure; ou par la restitution qu'il en fait à ceux à qui ils appartiennent, ou à ceux qui ont pouvoir ou qualité de les recevoir pour eux.

Lorsqu'un receveur des consignations a résigné son office, il doit remettre à son successeur tous les registres et pièces qui concernent la recette des consignations, ensemble tous les deniers qui sont dans sa caisse, qui proviennent des différentes consignations, et toutes les quittances de ceux qu'il a rendus. Le juge doit, à sa réquisition, en dresser un procès-verbal, dont la minute doit rester au greffe; et le successeur à l'office doit se charger, au bas du procès-verbal, de tout ce qui lui est remis. C'est la disposition de l'édit du mois de février 1689, article 9.

Par ce moyen, le ci-devant receveur des consignations transfère à son successeur toutes les obligations qu'il avoit contractées par les différentes consignations qui lui ont été faites. En rendant à son successeur à l'office de receveur des consignations les deniers des différentes consignations qu'il étoit obligé de rendre à ceux à qui ils appartiennent, il les rend à une personne qui a qualité de les recevoir pour eux; et il en est en conséquence libéré et déchargé envers eux; le nouveau receveur des consignations, en les recevant, en devient débiteur à sa place.

Après la mort du receveur des consignations, sa veuve et ses héritiers doivent, de la même manière, remettre au successeur les deniers consignés au défunt, et tout ce qui dépend de la recette des consignations; quoi faisant, ils sont déchargés des obligations auxquelles ils avoient succédé; et le nouveau receveur devient, à leur place, débiteur des deniers consignés.

Si le ci-devant receveur des consignations, sa veuve ou ses héritiers tardoient à remettre les deniers consignés, et les registres et papiers qui dépendent de la recette, le nouveau receveur devroit les poursuivre pour se les faire remettre : autrement, faute de rapporter ces diligences, il seroit tenu de toutes les consignations faites à son prédécesseur.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE DÉPÔT.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE MANDAT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. Le contrat de mandat est un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou de plusieurs affaires, pour la faire en sa place et à ses risques, à l'autre contractant, qui s'en charge gratuitement, et s'oblige de lui en rendre compte.

Celui des contractants qui confie à l'autre la gestion de l'affaire s'appelle, en termes de droit, *mandator;* nous l'appelons *le mandant :* celui qui s'en charge, *mandatarius* ou *procurator;* nous l'appelons *mandataire* ou *procureur.*

Ceux qui s'attachent à la recherche des étymologies ont observé que le mot *mandatum*, qui est le nom de ce contrat, vient *à manu datâ*, parceque, dans ce contrat, celui qui se chargeoit de l'affaire avoit coutume de mettre sa main dans celle de celui qui la lui confioit, pour lui témoigner par-là qu'il lui donnoit et lui engageoit sa foi de s'en acquitter de son mieux : car, chez les anciens, la main étoit *symbolum fidei datæ.* Voyez le Lexicon de Brisson, sur le mot *mandatum.*

Nous verrons, dans un premier chapitre, ce qui est de l'essence du *mandat ;* à quelles classes de contrats il appartient, et quelle est sa forme. Nous traiterons,

dans un second chapitre, des obligations que le mandataire contracte par le contrat de *mandat*, et de l'action qui en naît; dans un troisième, de celles que contracte le *mandant*, et de l'action qui en naît; dans un quatrième, des manières par lesquelles finit le *mandat;* enfin, dans un cinquième, des différentes espèces de *mandats*. Nous ajouterons, par forme d'Appendice, un traité des quasi-contrats qui ont rapport avec le *mandat*, et principalement du quasi-contrat *Negotiorum gestorum*.

CHAPITRE PREMIER.

A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat; quelles choses sont de son essence, et quelle est sa forme.

SECTION PREMIÈRE.

A quelles classes de contrats appartient le contrat de mandat.

2. Le contrat de mandat est de la classe de ceux qu'on appelle *contrats du droit des gens, contractus juris gentium*. Il se régit par les règles du droit naturel. Le droit civil ne l'a assujetti à aucunes formes, ni à aucunes règles qui lui soient particulières.

3. Ce contrat est de la classe des contrats de bienfaisance. Il se fait ordinairement pour le seul intérêt du mandant. Le mandataire n'a ordinairement aucun intérêt à l'affaire qui fait l'objet du contrat : en se chargeant, par le contrat, de cette affaire, il ne fait qu'un office d'ami, et il rend un service gratuit au mandant.

4. Le contrat de mandat est de la classe des contrats consensuels; il se forme et il reçoit sa perfection par le seul consentement des parties. Aussitôt que le mandataire a consenti de se charger de l'affaire dont le mandant l'a chargé, quoiqu'il ne soit encore intervenu aucun fait de part ni d'autre, le mandataire est dès-lors obligé à gérer

l'affaire dont il s'est chargé; et le mandant contracte l'obligation de l'indemniser de ce qu'il lui en coûtera.

5. Le contrat de mandat est de la classe des contrats synallagmatiques; car il produit des obligations réciproques.

Il n'est pas néanmoins de la classe des *synallagmatiques parfaits*, mais de celle des *synallagmatiques imparfaits;* car il n'y a que l'obligation contractée par le mandataire, de se charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, et d'en rendre compte, qui soit l'obligation directe et principale du contrat, et qui est en conséquence appelée *obligatio mandati directa.* Celle que le mandant contracte d'indemniser le mandataire, n'est qu'une obligation indirecte, qu'on appelle *obligatio mandati contraria*, qui, quoique contractée par le contrat, n'est ouverte qu'*ex post facto*, lorsque le mandataire vient à débourser quelque chose ou à contracter quelque obligation pour l'exécution du mandat, et qui ne naît point lorsque le mandat a été exécuté sans qu'il en ait rien coûté au mandataire.

SECTION II.

De ce qui est de l'essence du contrat de mandat.

Il est de l'essence du contrat de mandat, 1° qu'il y ait une affaire qui soit la matière de ce contrat; 2° que le mandant et le mandataire aient la volonté de s'obliger l'un envers l'autre; le mandataire à rendre compte de l'affaire au mandant, et le mandant à en indemniser le mandataire.

ARTICLE PREMIER.

Quelles affaires peuvent être la matière du contrat de mandat.

Pour qu'une affaire puisse être la matière du contrat de mandat, il faut, 1° que ce soit une affaire à faire; 2° que cette affaire ne soit contraire ni aux lois, ni aux mœurs; 3° que ce ne soit pas quelque chose d'incertain; 4° il faut que ce soit une affaire de telle nature, que le

mandant puisse être censé la faire par le ministère de celui qu'il en a chargé; 5° il faut que ce soit une affaire qu'on puisse, sans absurdité, supposer pouvoir se faire par le mandataire qui en est chargé; 6° il faut enfin que ce soit une affaire qui concerne l'intérêt, soit du mandant, soit d'un tiers, et non une affaire qui ne concerneroit que le seul intérêt du mandataire. Nous verrons dans un septième paragraphe, si une affaire qui ne concerne en rien le mandant, peut être la matière d'un contrat de mandat.

§. I. Il faut que ce soit une affaire à faire.

6. Pour qu'une affaire puisse être la matière d'un contrat de mandat, il faut que ce soit une affaire qui soit à faire, *negotium gerendum :* une affaire qui est déjà faite, *negotium gestum*, ne peut être la matière du contrat de mandat.

C'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée, *Un contrat par lequel l'un des contractants commet la gestion d'une ou de plusieurs affaires.* Il est évident qu'on ne peut commettre la gestion que d'une affaire qui est à gérer, que d'une affaire qui est à faire, et non de celle qui est consommée, et dont il ne reste rien à faire.

C'est ce qui paroîtra encore plus par l'exemple suivant. Lorsque je vous requiers de prêter, à mes risques, à un de mes amis une somme d'argent dont il a besoin, et qu'à ma réquisition vous lui faites ce prêt, cette requisition est un vrai contrat de mandat qui intervient entre vous et moi, et qui m'oblige à vous indemniser de cette somme, parceque la matière du contrat est un prêt d'argent à faire, une affaire à faire. Mais si, ignorant que de vous-même vous avez déjà prêté cette somme à mon ami, je vous requiers de lui faire ce prêt, cette réquisition que je vous fais n'est pas un mandat, et elle ne produit aucune obligation, parceque le prêt qui en est l'objet n'est pas une affaire à faire, un prêt à faire, mais une affaire qui se trouve déjà faite : *Si post creditam pe-*

cuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissimè Papinianus ait, l. 12, §. 14, *ff. mand.*

Il en seroit autrement si je vous avois requis de cesser vos poursuites contre un débiteur, et de lui donner du temps pour le paiement; cette réquisition de ma part, à laquelle vous avez déféré, renferme un vrai contrat de mandat qui m'oblige de vous indemniser du tort que vous avez souffert de la cessation de vos poursuites, par l'insolvabilité du débiteur qui est survenue : car la cessation de vos poursuites, la concession du délai que vous avez accordé pour le paiement, qui ont fait l'objet du mandat, étoient des choses à faire, et non pas une affaire déjà faite. C'est pourquoi la loi ajoute : *Planè si ut expectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam; verum puto omne periculum ad mandatorem pertinere,* d. §. 14.

§. II. Il faut que ce soit une affaire qui ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs.

7. L'affaire qui fait la matière du mandat doit en second lieu, pour que le contrat soit valable, être une affaire honnête, qui ne soit contraire ni aux lois, ni aux bonnes mœurs; car *Rei turpis nullum mandatum est;* l. 6, §. 3, *ff. mand.*

Par exemple, si vous vous étiez chargé, à ma réquisition, de m'acheter des marchandises de contrebande, ce mandat seroit nul, comme contraire aux lois, et ne produiroit aucune obligation. Non seulement vous ne seriez pas obligé, ni dans le for extérieur, ni dans celui de la conscience, d'exécuter cette commission, mais vous pécheriez si vous l'exécutiez; et, dans le cas où vous l'auriez exécutée, je n'aurois pas d'action contre vous pour vous en faire rendre compte, ni vous d'action contre moi pour vous faire rembourser de ce qu'il vous en auroit coûté pour exécuter ma commission.

Néanmoins dans le for de la conscience, si j'avois profité de ces marchandises, je serois obligé de vous rembourser de ce qu'elles vous ont coûté; car la bonne foi ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'un autre. Mais quoique j'y sois obligé dans le for de la conscience, si je refusois de m'acquitter de cette obligation, la loi ne vous donneroit pas d'action pour m'y contraindre dans le for extérieur; car ayant violé la loi, vous êtes indigne de son secours, et par conséquent non recevable dans la demande que vous formeriez contre moi.

On peut apporter une infinité d'autres exemples de mandats contraires aux bonnes mœurs : *putà*, si vous m'avez chargé de vous acheter du poison pour empoisonner quelqu'un, ou de faire marché avec une courtisane pour venir coucher avec vous, etc.; de tels mandats sont nuls, comme contraires aux bonnes mœurs, et ils ne produisent en conséquence aucune obligation.

8. Quoique l'affaire qui fait l'objet du contrat, considérée en elle-même, indépendamment des circonstances, n'ait rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, néanmoins si cette affaire, eu égard à ses circonstances, étoit une affaire dont la bonne foi et la charité que nous devons avoir les uns pour les autres ne permettoient pas au mandataire de se charger, et qu'il s'en soit chargé, le contrat de mandat sera nul, et ne produira aucune obligation. Ulpien nous en apporte cet exemple : *Si adolescens luxuriosus.... mandaverit tibi ut meretrici pecuniam credas, non obligatur mandati, quasi adversùs bonam fidem mandatum sit;* l. 12, §. 11.

Un prêt d'argent à faire à un tiers, qui est l'affaire qui fait la matière de ce mandat, est une affaire qui, considérée seulement en elle-même, et indépendamment d'aucunes circonstances, n'a rien de contraire aux lois ni aux bonnes mœurs, et qui peut être la matière d'un contrat de mandat. Néanmoins en considérant ce prêt dans les circonstances particulières de ce mandat, ce prêt d'une somme d'argent que ce jeune débauché vous chargeoit

de faire pour lui à une courtisane dont il étoit amoureux, est une affaire dont l'honneur, la probité et la charité ne vous permettoient pas de vous charger, les règles de charité ne permettant pas de favoriser la passion d'un jeune débauché. C'est pourquoi si, suivant le mandat de ce jeune débauché, vous avez prêté la somme d'argent à la courtisane, il ne sera pas obligé, *actione mandati contrariâ*, de vous la rembourser, parceque ce mandat dont vous vous êtes chargé contre les règles de la probité et de la charité, est un mandat nul, qui n'a pu par conséquent produire d'obligation : *Non obligabitur mandati, quasi adversùs bonam fidem mandatum sit* (*susceptum*).

On opposera que la bonne foi oblige ce jeune homme à tenir la promesse qu'il vous a faite, de vous rembourser la somme que vous avez prêtée par son ordre à cette courtisane : *Grave est fidem fallere* ; l. ff. *de pactis*. Je réponds : Je veux bien supposer pour un instant cette obligation dans ce jeune homme ; mais cette obligation est détruite par l'obligation que vous contractez envers lui, de réparer le tort que vous lui avez causé en favorisant sa passion. Ce tort que vous lui avez causé comprend l'obligation qu'on suppose qu'il a contractée envers vous, de vous rembourser la somme que vous avez prêtée, à sa réquisition, à cette courtisane; et par conséquent l'obligation que vous avez contractée envers lui, de réparer le tort que vous lui avez causé en favorisant sa passion, comprend celle de le décharger de cette obligation, et votre obligation détruit la sienne.

§. III. Il faut que l'affaire ne soit pas quelque chose d'incertain.

9. Dans le contrat de mandat, de même que dans tous les autres contrats, ce qui en est l'objet doit être quelque chose qui ne soit pas entièrement incertain ; autrement, le contrat est nul.

Par exemple, si je chargeois quelqu'un de m'acheter quelque chose à une foire, sans lui dire quoi, le mandat seroit nul, parceque l'objet de ce mandat est quelque chose

d'entièrement incertain, n'étant pas possible en ce cas de deviner ce que le mandant a voulu qu'on lui achetât.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que le mandant ait exprimé ce qu'il vouloit qu'on lui achetât, lorsque le mandataire a pu sans cela, par certaines circonstances, connoître la volonté du mandant. Par exemple, un marchand qui avoit coutume d'aller tous les ans à une certaine foire, et d'y acheter une certaine quantité de marchandises, ne pouvant pas y aller cette année, charge son ami de lui faire ses emplettes à la foire, sans s'expliquer davantage : ce mandat est valable, et doit s'entendre de ce que le mandant avoit coutume d'acheter à cette foire, lorsque le mandataire en a connoissance.

Lorsque j'ai chargé quelqu'un de m'acheter quelque chose pour amuser mes petits enfants, sans dire quoi, le mandat est valable, et n'a pas un objet qui soit entièrement incertain; car il a pour objet l'achat d'une chose d'une certaine espèce, c'est-à-dire, d'une chose d'entre celles qu'on donne ordinairement aux enfants pour les amuser, telles que sont une poupée, un cheval de carton, une bergerie, etc., sur le choix de laquelle je m'en suis rapporté au mandataire.

Le mandat d'acheter une certaine chose ne laisse pas d'être censé avoir un objet certain, quoique le mandant n'ait pas fixé le prix qu'il vouloit l'acheter : il peut, sur le prix, s'en rapporter à son mandataire, qui ne doit pas néanmoins passer le juste prix.

§. IV. L'affaire doit être de nature que le mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire.

10. Le mandat étant, suivant la définition que nous en avons donnée, un contrat par lequel le mandant charge le mandataire de faire pour lui et à sa place une affaire, et le mandant étant censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire, lorsqu'il exécute son mandat, suivant cette règle : *Qui mandat, ipse fecisse videtur*; il s'ensuit qu'une affaire, pour pouvoir être la matière d'un contrat de man-

dat, doit être une affaire qui soit de nature que le mandant puisse être censé la faire lui-même par le ministère de son mandataire, lorsqu'il exécutera le mandat.

Suivant ce principe, si vous avez mandé à Pierre d'emprunter de votre caissier une certaine somme d'argent à vous appartenante, laquelle en conséquence a été comptée par votre caissier à Pierre; cette espèce ne contient autre chose qu'un prêt que vous faites à Pierre de cette somme; elle ne contient aucun contrat de mandat; car cet emprunt est une affaire que vous ne pouvez pas être censé faire vous-même, personne ne pouvant emprunter ses propres deniers: *Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati cum non acturum Papinianus*, lib. 3 *Responsorum, scribit*; l. 10, §. 4, ff. *mand.*

11. Si l'affaire qui a fait la matière du mandat étoit une affaire qui pût, absolument parlant, être censée faite par le mandant, mais qui lui fût interdite par la loi; comme si un tuteur à qui les lois défendent de se rendre adjudicataire des effets de son mineur, avoit chargé quelqu'un de s'en rendre adjudicataire pour lui, le mandat sera-t-il nul? L'achat qui fait la matière de ce mandat n'est pas une affaire que le mandant ne puisse, *per rerum naturam*, être censé faire par le ministère de son mandataire; car il n'est point *contra rerum naturam*, qu'un tuteur achète les effets de son mineur: on ne peut donc pas dire, comme dans l'espèce précédente, que ce mandat est nul, faute d'une affaire qui en puisse être la matière.

Cet achat étant interdit par la loi au tuteur, ne peut-on pas dire que le mandat de cet achat est le mandat d'une chose contraire aux lois, et par conséquent un mandat nul, et qui ne doit produire aucune obligation, suivant les principes établis au paragraphe précédent? Je ne crois pas que ce mandat soit entièrement nul. Il est bien nul à l'effet qu'il n'oblige pas le mandataire qui s'est chargé du mandat, à l'exécuter; car le mandataire qui s'en est indiscrètement chargé a eu un juste sujet de ne pas l'exécuter, afin de

ne pas se rendre complice avec le tuteur de la contravention à la loi, qui défend au tuteur de se rendre adjudicataire, soit par lui-même, soit par personnes interposées, des effets de son mineur.

Mais lorsque le mandataire a exécuté le mandat, et s'est rendu adjudicataire des effets compris au mandat, je ne crois pas que le mandat soit nul jusqu'au point que le mandant soit non recevable à en demander compte au mandataire qui l'a exécuté. Je crois qu'il y a une différence à faire entre les choses que la loi défend absolument comme mauvaises, tel qu'est un commerce de contrebande, et entre celles que la loi ne défend que pour éviter les fraudes, et en faveur seulement de certaines personnes, tel qu'est l'achat des effets du mineur que la loi défend aux tuteurs. Ce que nous avons dit au paragraphe précédent, que les mandats contraires aux lois étoient nuls, ne doit s'entendre que des mandats des choses de la première espèce : mais à l'égard des choses de la seconde espèce, tel qu'est l'achat des effets du mineur, qui est défendu par la loi au tuteur, cette défense n'étant faite qu'en faveur du mineur, il n'y a que le mineur, en faveur de qui la loi a fait la défense, qui puisse se plaindre de l'achat que le tuteur a fait de ses effets, et qui puisse lui opposer la loi qui le défend : tant que le mineur ne se plaint pas, le mandataire que le tuteur a chargé de faire pour lui cet achat, et qui l'a exécuté, n'est pas partie capable pour opposer cette loi au tuteur, pour prétendre en conséquence la nullité du mandat, et pour se dispenser d'en rendre compte.

A plus forte raison, le mandant ne doit pas être reçu à prétendre la nullité du mandat, pour se dispenser de rembourser son mandataire de ce qu'il a déboursé pour l'exécution du mandat.

§. V. Il faut que ce soit une affaire qu'on puisse supposer pouvoir se faire par le mandataire.

12. Il est évident que pour qu'un mandat soit valable, l'affaire qui en est la matière doit être une affaire qu'on

puisse supposer pouvoir se faire par le mandataire; autrement le mandat est *nugatorium et derisorium mandatum*, qui ne produit aucune obligation.

Par exemple, si j'ai donné commission à un docteur agrégé, qu'un catarrhe sur la langue a privé entièrement de l'usage de la parole, de faire pour moi mes leçons aux écoles; quoiqu'il m'ait répondu par signes qu'il se chargeoit de la commission, un tel mandat est nul, et ne produit aucune obligation, *nugatorium et derisorium est mandatum*, parceque l'affaire qui en est la matière est une affaire qu'il est impossible, *per rerum naturam*, que le mandataire fasse.

13. Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour la validité du mandat, que le mandataire ait eu effectivement le pouvoir de faire l'affaire qui en étoit la matière; il suffit qu'on ait pu, sans absurdité, supposer qu'il en avoit le pouvoir. C'est pourquoi, si j'ai chargé d'une affaire une personne qui n'avoit pas l'habileté et l'industrie nécessaires pour la faire, et qu'elle s'en soit chargée, le mandat est valable, quoique le mandataire n'ait pas eu effectivement le pouvoir de gérer cette affaire; car il suffit qu'on ait pu, sans absurdité, supposer qu'il en avoit le pouvoir : le mandataire, en se chargeant de l'affaire, s'est donné pour un homme qui avoit les talents, l'habileté et l'industrie nécessaires pour la gestion de l'affaire dont il se chargeoit : *spopondit peritiam et industriam negotio gerendo parem.* Le mandant a pu, sans absurdité, supposer dans son mandataire l'habileté qu'il s'attribuoit; et par conséquent l'affaire qui a fait l'objet du mandat est une affaire qu'on a pu, sans absurdité, supposer pouvoir se faire par le mandataire; ce qui suffit pour que le mandat soit valable, et pour que le mandataire soit obligé d'en rendre compte : et il sera tenu de tout le dommage qu'il a causé par son défaut d'habileté; c'est sa faute de n'avoir pas consulté ses forces, et de s'être chargé témérairement d'une affaire qui les surpassoit.

14. L'achat de la propre chose du mandataire est une

affaire qu'on ne peut, sans absurdité, supposer pouvoir se faire par le mandataire, étant impossible, *per rerum naturam*, que quelqu'un achète sa propre chose : *Suæ rei emptio non valet.* Il est donc évident que l'achat de la chose du mandataire ne peut pas être la matière d'un contrat de mandat.

Néanmoins lorsque je charge quelqu'un qui est propriétaire pour une partie d'une chose qui se licite entre lui et ses copropriétaires, de l'acheter et de s'en rendre adjudicataire pour moi, les jurisconsultes romains ont pensé qu'on pouvoit soutenir, *benignâ juris ratione*, que le mandat de l'achat de cette chose étoit valable pour le total de cette chose, et par conséquent même pour la part qui appartenoit au mandataire de cette chose. Africain cependant observe qu'on pourroit dire aussi que le contrat qui intervient entre ce propriétaire pour partie, et moi, n'est contrat de mandat que pour les portions de ses copropriétaires, et que c'est, pour la part qui lui appartient dans cette chose, une vente qu'il me fait de cette portion, sous la condition, et dans le cas auquel ses copropriétaires vendroient la leur, et au même prix et aux mêmes conditions qu'ils la vendroient. Voyez la loi 32, §. 4; et la loi 34, §. 1, ff. *mandat.*

§. VI. L'affaire ne doit pas concerner le seul intérêt du mandataire.

15. Pour qu'une affaire puisse être la matière d'un contrat de mandat, il faut que ce soit une affaire qui ne concerne pas le seul intérêt du mandataire. Lorsque je vous mande de faire une certaine affaire à laquelle il n'y a que vous qui ayez intérêt, c'est un conseil que je vous donne; ce n'est pas un mandat, car un mandat renferme l'obligation de rendre compte de l'affaire qui en est l'objet, obligation que le mandataire contracte par le contrat de mandat. Mais il est impossible, *per rerum naturam*, que vous soyez obligé de rendre compte d'une affaire qui ne concerne que vous seul, et à laquelle personne n'a intérêt que vous.

C'est ce qui a fait dire à Gaïus : *Si tuâ tantùm gratiâ tibi mandem, supervacuum est mandatum, et ob id*

nulla ex eo obligatio nascitur; l. 2, ff. *mand. Veluti si mandem tibi ut pecunias tuas potiùs in emptiones prædiorum colloces, quàm fœneres; vel ex diverso : cujus generis mandatum magìs consilium est quàm mandatum, et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabitur; d.* l. §. 6.

16. L'affaire qui ne concerne que le seul intérêt du mandataire ne peut pas, à la vérité, être la matière d'un mandat : mais quoiqu'elle concerne l'intérêt du mandataire, pourvu qu'elle concerne aussi l'intérêt d'un autre, soit du mandant, soit d'un tiers, elle peut en être la matière ; car cela suffit pour que le mandataire qui s'en est chargé puisse contracter l'obligation d'en rendre compte.

C'est ce qui fait dire à Gaïus : *Mandàtum inter nos contrahitur, sive meâ tantùm gratiâ tibi mandem... sive meâ et tuâ, sive tuâ et alienâ; d.* l. 2.

§. VII. Est-il nécessaire que l'affaire qui fait la matière du mandat soit l'affaire du mandant, au moins pour partie ?

17. Il n'est pas nécessaire, pour que le mandat soit valable, que l'affaire qui en fait la matière soit l'affaire du mandant, ni entièrement, ni même pour partie. Une affaire qui est entièrement l'affaire d'un tiers, en peut être la matière. C'est ce qu'enseigne Gaïus : *Mandatum inter nos contrahitur, sive meâ tantùm gratiâ tibi mandem, sive alienâ tantùm, sive meâ et alienâ ; d.* l. 2.

Cela n'est-il pas contraire au principe que nous avons établi en notre *Traité des Obligations*, qu'un fait, pour pouvoir être la matière d'une obligation, doit être un fait auquel ait quelque intérêt celui envers qui l'obligation est contractée : *Nemo stipulari potest nisi quod suâ interest.* Voyez notre *Traité des Obligations*, *n.* 138.

La réponse est que, lorsque je vous charge d'une affaire qui est entièrement l'affaire d'un tiers, *putà*, l'affaire de Pierre, et à laquelle je n'ai aucun intérêt avant le mandat; en vous en chargeant, j'en deviens comptable moi-même, *actione negotiorum gestorum*, envers Pierre, que cette affaire

concerne; et par conséquent j'ai intérêt que vous la gériez, et que vous la gériez comme il faut; ce qui suffit pour que le mandat soit valable, et pour que vous contractiez l'obligation de m'en rendre compte.

Par exemple, si Pierre, mon ami, étant parti pour un voyage, sans charger personne de ses affaires, je vous ai chargé de faire ses vendanges, ce mandat intervient *alienâ tantùm gratiâ;* les vendanges de Pierre, dont je vous ai chargé par ce mandat, étant une affaire qui est entièrement l'affaire de Pierre, et qui ne me concerne en rien, ce mandat intervient *alienâ tantùm gratiâ.* Il ne laisse pas néanmoins d'être valable, parcequ'en vous chargeant de cette vendange, j'en deviens moi-même chargé envers Pierre; et par conséquent j'ai intérêt que vous m'en rendiez compte, pour que je puisse moi-même en rendre compte à Pierre.

Voici une autre espèce. Ayant eu avis qu'on devoit faire une adjudication d'ouvrages au rabais, et voulant procurer à un maçon de mes amis les moyens de s'en rendre adjudicataire, je vous ai chargé de le cautionner pour cette adjudication, ou bien je vous ai chargé de lui prêter une certaine somme d'argent dont il auroit besoin pour les avances qu'il lui faudroit faire. Vous vous en êtes chargé: j'ai engagé en conséquence ce maçon à se rendre adjudicataire, me faisant fort de lui faire trouver une caution, ou de lui faire trouver à emprunter la somme qui lui seroit nécessaire. Ce mandat intervient *alienâ tantùm gratiâ;* car le cautionnement que je vous charge de contracter pour ce maçon, ou le prêt de la somme que je vous charge de lui faire, sont des affaires qui ne concernent que son intérêt. Néanmoins ce mandat est valable, et vous contractez envers moi l'obligation de l'exécuter; car m'étant fait fort envers ce maçon de lui faire trouver une caution, ou de lui faire trouver à emprunter une somme d'argent dont il avoit besoin pour l'adjudication, dans laquelle il ne se seroit pas engagé sans cela, j'ai intérêt que vous exécutiez le mandat.

Quelle que soit la cause pour laquelle je vous ai chargé de vous rendre caution pour un tiers, ou de lui prêter une certaine somme, le mandat, quoique fait *alienâ tantùm gratiâ*, est valable : de même que je m'oblige envers vous par ce mandat à vous indemniser du cautionnement ou du prêt que vous ferez en exécution de ce mandat, de même vous vous obligez envers moi à me céder, après que je vous aurai indemnisé, les actions que vous aurez acquises contre ce tiers par le prêt que vous lui aurez fait, ou par le cautionnement que vous aurez contracté pour lui en exécution de mon mandat, et à me remettre les pièces nécessaires pour exercer ces actions.

C'est pourquoi Ulpien dit en général : *Si tibi mandavero quod meâ non interest, veluti ut pro Seïo intervenias, vel ut Titio credas, erit mihi tecum actio mandati, ut Celsus scribit, et ego tibi sum obligatus;* l. 6, §. 4, ff. *mand.*

ARTICLE II.

De la volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire de s'obliger l'un envers l'autre.

18. Il est de l'essence du contrat de mandat, que le mandant ait la volonté de charger, à ses propres risques, le mandataire, de l'affaire qui fait l'objet du mandat, et de s'obliger à l'en indemniser ; et que le mandataire, de son côté, ait la volonté de s'obliger à faire cette affaire. C'est par cette volonté réciproque du mandant et du mandataire que se forme le contrat de mandat; c'est ce qui résulte de la définition que nous avons donnée de ce contrat, *suprà, n.* 1.

19. C'est aussi ce qui différencie le mandat de la simple recommandation ; car lorsque je vous recommande une personne, nous ne contractons l'un envers l'autre, de part ni d'autre, aucune obligation.

Par exemple, si je vous ai écrit à Lyon que mon fils devoit y passer, et y faire quelque séjour, et que je vous le recommandois pendant le séjour qu'il y feroit, cette

lettre ne contenant qu'une simple recommandation, nous ne contractons l'un envers l'autre aucune obligation. C'est pourquoi si, ayant eu égard à ma recommandation, vous l'avez régalé, et vous l'avez promené dans les environs de la ville, je ne suis point obligé de vous rembourser la dépense que vous avez faite pour le régaler et le promener. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Quùm quidem talem epistolam scripsisset amico Seïo : Rogo te commendatum habeas Sextilium crescentem, non obligabitur mandati, quia commendandi magis hominis, quàm mandandi causâ scripta est;* l. 20, ff. *mand.*

Au contraire, si ma lettre portoit que je vous prie de fournir à mon fils l'argent dont il aura besoin pendant son séjour et pour continuer son voyage, je suis censé m'obliger à vous le rendre, et ma lettre renferme un mandat.

20. C'est pareillement cette volonté que doivent avoir le mandant et le mandataire, de s'obliger l'un envers l'autre, qui distingue le mandat du conseil; car dans le cas du conseil, les parties ne contractent aucune obligation l'une envers l'autre.

C'est pourquoi on doit faire beaucoup d'attention aux termes dont les parties se sont servies, pour connoître s'ils renferment un mandat ou un simple conseil.

Par exemple, si je vous avois dit : Pierre, mon ami, a besoin d'une somme de mille écus : je ne puis la lui prêter, n'ayant pas à présent d'argent; je vous prie de la lui prêter à ma place : il est évident que ces termes renferment un mandat, par lequel je m'oblige de vous indemniser du prêt que je vous charge de lui faire. Mais si je vous avois seulement dit : Vous pouvez prêter sûrement à Pierre la somme qu'il vous demande à emprunter; c'est un honnête homme, qui est très-solvable, et qui mérite qu'on lui rende service : ces termes ne renferment qu'un conseil d'où il ne naît aucune obligation. C'est pourquoi si je me suis trompé sur le compte de Pierre, si ce Pierre que je vous annonçois comme un homme solvable étoit dès ce temps insolvable, je ne serai point obligé de vous indemniser de

la somme que vous lui avez prêtée par mon conseil, et dont vous n'avez pas été payé. Cela est conforme à ces règles de droit : *Nemo ex consilio obligatur ;* l. 2, §. 6, *ff. mand. Consilii non fraudulenti nulla obligatio;* l. 47, *ff. de Reg. Jur.*

21. Cela a lieu quand même le conseil auroit été donné indiscrètement, pourvu qu'il n'ait pas été donné de mauvaise foi.

Par exemple, dans l'espèce que nous venons de rapporter, quand même je vous aurois dit indiscrètement et témérairement que Pierre, à qui je vous ai conseillé de faire le prêt, étoit un homme solvable, parceque je le croyois, sans néanmoins m'être informé de sa solvabilité, je ne serai pas obligé ; vous pouviez vous en informer : *Liberum est cuique apud se explorare an expediat sibi consilium ; d.* l. 2, §. 6.

Mais si le conseil a été donné de mauvaise foi, comme dans le cas auquel vous pourriez prouver que j'avois connoissance du mauvais état des affaires de Pierre lorsque je vous ai conseillé de lui faire le prêt ; en ce cas, c'est un dol qui m'oblige envers vous aux dommages et intérêts que vous avez soufferts du prêt, et par conséquent à vous rendre la somme prêtée, dont vous n'avez pu vous faire payer : *Cæterùm*, ajoute la loi 47 ci-dessus citée, *si dolus et calliditas intercessit, de dolo actio competit.*

ARTICLE III.

De la gratuité du mandat.

22. Il est de l'essence du mandat qu'il soit gratuit, c'est-à-dire que le mandataire se charge, par un pur office d'amitié, de l'affaire qui fait la matière du mandat, et que le mandant ne s'oblige point à lui payer une somme d'argent, ou quelque autre chose qui soit le prix de la gestion de cette affaire : autrement, le contrat n'est pas un contrat de mandat ; c'est une autre espèce de contrat, c'est un contrat de louage, c'est *locatio operarum.*

C'est ce que nous apprend Paul : *Mandatum nisi gratuitum nullum est ; nam originem ex officio atque amicitiâ trahit ; contrarium ergò est officio merces ; interveniente enim pecuniâ res ad locationem et conductionem respicit ;* l. 1, §. 4, *ff. mand.*

23. Néanmoins si, pour vous témoigner ma reconnoissance du service que vous me rendez en voulant bien vous charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat, je vous ai promis par le contrat de vous donner quelque chose, soit une somme d'argent, ou quelque autre chose, le contrat ne laissera pas d'être un contrat de mandat, pourvu que ce qui est promis ne soit pas le prix du service que le mandataire se charge de rendre, ce service n'étant pas quelque chose d'appréciable. Ce qui est promis de cette manière s'appelle *honoraire*, et en latin *honor*, *honorarium*, *salarium*. C'est pourquoi Ulpien dit : *Si remunerandi gratiâ honor intervenerit, erit mandati actio ;* l. 6, *mand.*

La chose se comprendra mieux par un exemple. Je vais trouver un célèbre avocat pour le prier de se charger de la défense de ma cause : il me dit qu'il veut bien s'en charger. Je l'en remercie, et je lui dis que pour lui donner une foible marque de ma reconnoissance, je lui donnerai le *Thesaurus* de Meerman, qui manque à sa bibliothèque. Il me répond qu'il accepte volontiers mon présent, que je lui offre de si bonne grâce. Quoique je promette à cet avocat le *Thesaurus* de Meerman, le contrat qui intervient entre nous n'en est pas moins un contrat de mandat, parceque ce que je lui promets n'est pas le prix de la défense de ma cause dont il se charge. Cette défense de ma cause, dont il se charge, étant quelque chose qui n'est pas appréciable, le mandat ne laisse pas d'être gratuit, parceque cet avocat n'exige rien pour se charger de l'affaire qui en fait l'objet. La promesse que je lui fais de ce *Thesaurus* qu'il accepte, est une convention qui, quoiqu'elle intervienne en même temps que le contrat de mandat, n'en fait pas néanmoins partie, et lui est étrangère. C'est pour cette raison que, par le droit

romain, l'honoraire qui a été promis au mandataire ne peut être par lui demandé que *per persecutionem extraordinariam :* il ne peut pas le demander par l'action *mandati*, parce que la promesse qui lui en a été faite n'est pas censée faire partie du contrat de mandat : *De pecuniâ quam erogasti mandati actione pro sorte et usuris potes experiri; de salario autem quod promisit, apud præsidem cognitio præbebitur;* l. 1, *cod. mandat.*

24. L'honoraire que le mandant promet au mandataire n'étant pas le prix des services que le mandataire s'oblige, par le contrat de mandat, de rendre au mandant, il s'ensuit que la promesse que le mandant feroit d'un honoraire, en termes vagues et généraux, seroit nulle, et ne produiroit aucune obligation; comme si le mandant avoit dit en termes vagues : *Je ne manquerai pas de reconnoître d'une manière convenable le service que vous voulez bien me rendre.* En cela l'honoraire diffère du loyer, qui est promis par un contrat de louage à celui qui nous a loué ses services. Lorsque j'ai loué les services d'une personne, qui sont appréciables, la promesse que je fais de l'en récompenser, quoique conçue en termes vagues, est valable. La raison de différence est, que cette récompense, quoique promise en termes vagues, étant le prix de services appréciables, est déterminable à la somme qu'ils seront estimés par des experts; au lieu qu'un honoraire promis à un mandataire, n'étant pas le prix de ses services, lesquels ne sont pas d'ailleurs appréciables, la promesse de cet honoraire, faite en termes vagues, n'a pour objet rien de déterminé ni de déterminable; et par conséquent elle est nulle, suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations, n.* 131.

C'est en conséquence de ces principes que les empereurs répondent : *Salarium incertæ pollicitationis peti non potest;* l. 17, *cod. mand.*

25. A plus forte raison, lorsqu'il n'a point été promis en tout de récompense au mandataire, le mandataire n'en peut prétendre aucune.

26. Il y a néanmoins certains services pour lesquels, quoiqu'ils dépendent d'une profession libérale, et qu'en conséquence ils appartiennent au contrat de mandat plutôt qu'au contrat de louage, ceux qui les ont rendus sont reçus en justice à en demander la récompense ordinaire.

Tels sont les services que rendent, dans leur profession, les médecins, les grammairiens, les maîtres de philosophie ou de mathématiques, etc.

L'action qu'ont ces personnes pour demander une récompense de ces services, n'est pas *actio ex locato*, c'est *persecutio extraordinaria;* car cette récompense n'est pas un loyer, ce n'est pas le prix de leurs services, qui sont inestimables de leur nature; elle se règle sur ce qu'il est d'usage le plus communément de donner pour ces services, dans le lieu où ces personnes exercent leur profession.

Cette action est fondée sur ce qu'il est de la justice et de l'intérêt public que les personnes qui se dévouent à ces professions trouvent, dans l'exercice qu'ils en font, de quoi subvenir à leurs besoins, et de quoi élever leur famille; c'est pourquoi, lorsqu'il se trouve des gens assez ingrats pour leur refuser la récompense ordinaire, la justice vient à leur secours, et leur donne une action pour l'exiger.

27. Observez une différence entre ces récompenses et le loyer d'un service appréciable. Lorsque j'ai payé ce loyer, je suis entièrement quitte envers celui qui me l'a rendu, je ne lui dois ni remercîments ni reconnoissance. Mais quoique j'aie payé la récompense qui est due par l'usage, pour des services qui dépendent d'une profession libérale, tels que sont ceux d'un médecin; cette récompense que j'ai payée, n'étant pas le prix de ses services, qui sont inestimables, elle ne m'acquitte pas envers celui qui me les a rendus, de la reconnoissance que je lui dois pour ses services.

On peut aussi quelquefois devoir de la reconnoissance à des personnes qui nous ont rendu des services appréciables

à prix d'argent, dont nous avons payé le loyer, tels que sont ceux qui nous ont été rendus par des domestiques et des serviteurs qui ont été long-temps à notre service. Mais la reconnoissance qui est due à ces personnes ne leur est pas tant due pour leurs services que pour l'affection avec laquelle ils nous les ont rendus, et pour l'attachement qu'ils ont témoigné avoir pour notre personne; au lieu que la reconnoissance que je dois à un médecin, ou autre semblable personne, est due pour leurs services considérés en eux-mêmes, *in se*, lesquels ne peuvent pas être censés payés par la récompense ordinaire que j'ai donnée à celui qui me les a rendus, cette récompense n'étant pas le prix de ses services, qui sont, de leur nature, quelque chose d'inestimable.

SECTION III.

De la forme du contrat de mandat, et des différentes manières de le contracter.

28. Le contrat de mandat peut se faire, comme nous l'avons déjà dit, par le seul consentement des parties, et il n'est assujetti à aucune forme.

Il peut se faire verbalement. Il est vrai que, lorsque l'objet du mandat est d'une valeur qui excède la somme de cent livres, si l'une des parties, par mauvaise foi, disconvient du mandat, l'autre partie n'est pas reçue à en faire la preuve par témoins; mais le contrat de mandat est valable en soi, et oblige les parties dans le for de l'honneur et de la conscience. On peut même, dans le for extérieur, déférer à celui qui disconvient du mandat, le serment décisoire, s'il n'est pas vrai qu'il soit intervenu.

29. Le contrat de mandat peut même se faire tacitement, et sans qu'il intervienne aucune déclaration expresse de la volonté des parties; car toutes les fois que je fais, au vu et su de quelqu'un, quelqu'une de ses affaires, il est censé, par cela seul, intervenir entre nous un contrat de mandat, par lequel il me charge de cette affaire. Cela est conforme à cette règle de droit : *Semper qui non prohibet*

aliquem pro se intervenire, mandare creditur; l. 60, ff. *de Reg. Jur.* Ajoutez les lois 6, §. 2, l. 18, l. 53, ff. *mand.*

30. La manière la plus ordinaire dont se font les contrats de mandat, est par un acte qu'on appelle *procuration.* Cet acte se fait, ou sous la signature privée du mandant, ou pardevant notaires. Le mandant déclare, par cette procuration, qu'il donne pouvoir à un tel de faire pour lui et en sa place telle affaire.

Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'il se serve précisément de ces termes, *donne pouvoir;* ce seroit la même chose s'il avoit dit qu'il *prie* un tel de faire pour lui telle affaire. En général, il n'importe de quels termes il se soit servi pour déclarer la volonté qu'il a de le charger de cette affaire : *Sive* ROGO, *sive* VOLO, *sive* MANDO, *sive alio quocumque verbo scripserit, mandati actio est;* l. 1, §. 2, ff. *mand.*

31. Cette procuration ne renferme pas seule le contrat du mandat, il faut qu'elle soit acceptée par celui qui est chargé de l'affaire par la procuration; car le contrat de mandat, de même que tous les autres contrats, ne peut se former que par le concours des volontés des deux parties contractantes.

Il n'est pas néanmoins nécessaire, pour former le contrat de mandat, que cette acceptation soit expresse. Celui à qui le pouvoir est donné par la procuration, est censé l'accepter tacitement, aussitôt qu'il commence à faire ce qui est porté par la procuration. Le contrat de mandat est formé par cette acceptation tacite; il oblige le mandataire à parachever le surplus de ce qui est porté par la procuration, et à en rendre compte, de même que s'il étoit intervenu une acceptation expresse.

32. Même avant que celui à qui j'ai remis ou envoyé ma procuration ait commencé de l'exécuter, plusieurs pensent qu'on peut induire son acceptation tacite de cela seul qu'il a reçu l'acte de procuration, lorsqu'il n'a pas dit qu'il ne vouloit pas s'en charger, et ne l'a pas renvoyé.

Ainsi le décide Clément V : *Instrumento vel litteris quibus aliquis te procuratorem constituit..... nullâ factâ protestatione à te receptis, non potes posteà recusare defensionem;* cap. 1, *de procurat. in Clement.*

Cela doit sur-tout se présumer lorsque l'affaire se passe entre présents. Je vais trouver un de mes amis, à qui j'expose que je suis près de partir pour un voyage : je le prie de vouloir bien se charger de mes affaires pendant mon absence; je lui remets, pour cet effet, un acte portant procuration. Il reçoit cette procuration sans me rien dire, et nous nous séparons. La réception qu'il fait de cet acte est une preuve qu'il consent de se charger de l'affaire : s'il n'eût pas voulu s'en charger, il auroit refusé de recevoir la procuration.

33. Il y a plus de difficulté dans le cas auquel on a envoyé à quelqu'un une procuration dans un paquet. La rétention de la procuration qu'il n'a pas renvoyée n'est pas une présomption si claire d'un consentement de se charger de l'affaire : cette rétention peut n'être que l'effet d'une négligence à renvoyer la procuration, et d'un oubli. C'est pourquoi je pense qu'on doit laisser à l'arbitrage du juge à décider par les circonstances, s'il croit que la rétention et le défaut de renvoi de la procuration doit faire présumer une acceptation tacite de cette procuration.

Lorsque le mandant n'a pas envoyé de procuration, et s'est contenté de prier quelqu'un par lettre de se charger d'une affaire, on doit encore moins présumer d'un seul défaut de réponse à la lettre, une acceptation tacite du mandat. C'est l'avis de Frankius, *ad* T. ff. *mand.*

Néanmoins, lorsque j'ai envoyé à un procureur une procuration, ou même lorsque, sans lui envoyer de procuration, je lui ai simplement écrit de donner pour moi une demande, son état de procureur doit faire facilement présumer que le défaut de renvoi de la procuration, ou de réponse à la lettre qui en tient lieu, renferme une acceptation tacite du mandat.

34. On peut attacher au contrat de mandat un terme

ou une condition ; comme lorsque je vous charge de faire pour moi une certaine affaire, après un certain temps, ou au cas qu'une certaine condition arrive; et pareillement, lorsque je vous charge purement et simplement d'une affaire, vous pouvez attacher à votre acceptation un terme ou une condition, en déclarant que vous voulez bien vous en charger, si une telle condition arrive, ou pour la faire après un certain temps. C'est en ce sens qu'Ulpien dit : *Mandatum in diem differri, et sub conditione contrahi potest;* l. 1, §. 3, ff. *mand.*

Pareillement, je puis charger quelqu'un de mes affaires, ou jusqu'à un certain temps, ou jusqu'à ce qu'une certaine condition arrive; *putà*, jusqu'à mon retour; auquel cas le pouvoir du procureur cesse, lorsqu'arrive la condition ou le temps jusques auquel je l'avois chargé.

35. Lorsque je n'ai limité aucun temps, ni apposé à la durée de ma procuration aucune condition, elle vaut *in perpetuum*, c'est-à-dire, tant que je vis, et que je ne la révoque pas. Quelques praticiens ignorants disent qu'il faut en ce cas renouveler la procuration tous les ans; mais c'est une erreur qui ne mérite pas d'être réfutée : *Procurator et in diem et sub conditione, et usque dari potest, et in perpetuum;* l. 3, l. 4, ff. *de procurat.*

36. On peut charger de ses affaires, ou même d'une seule affaire, une ou plusieurs personnes : on peut les en charger, ou pour gérer conjointement, ou pour que l'une puisse gérer au défaut de l'autre; ce qu'on exprime dans les procurations en ces termes, *a donné pouvoir à tel ou tel, ou à chacun d'eux.*

CHAPITRE II.

Des obligations que contracte le mandataire par le contrat de mandat, et de l'action qui en naît.

37. Le mandataire contracte, par le contrat de mandat, l'obligation, 1° de faire l'affaire qui en est l'objet, et dont il s'est chargé; 2° d'y apporter tout le soin qu'elle exige; 3° d'en rendre compte.

ARTICLE PREMIER.

De l'obligation que le mandataire contracte de faire l'affaire dont il s'est chargé par le contrat.

38. Il étoit libre au mandataire, avant qu'il eût accepté le mandat, de l'accepter, ou de ne pas l'accepter; l'acceptation qu'il en fait est, de sa part, une grace et un pur bienfait envers le mandant; c'est *liberalitas nullo jure cogente facta;* mais, lorsqu'une fois il l'a accepté, par cette acceptation, il contracte envers le mandant l'obligation d'exécuter le mandat; et, s'il ne l'exécute pas, il est tenu envers le mandant des dommages et intérêts résultants de l'inexécution du mandat : *Sicut liberum est mandatum non suscipere, ità susceptum consummari oportet;* l. 22, §. 11, ff. *mand.; et si susceptum non impleverit, tenetur;* l. 5, §. 1, ff. *d. tit.*

Gaïus dit pareillement : *Qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet;* l. 27, §. 2, ff. *d. tit.* La loi 11, *cod. mand.*, dit aussi que le mandataire est comptable, non seulement des affaires qu'il a gérées, mais aussi de celles qu'il s'étoit chargé de gérer : *Non tantùm pro his quæ gessit, sed etiam pro his quæ gerenda suscepit.*

Cette obligation est fondée non seulement sur ce précepte général de droit naturel, commun à tous les contrats, qui ne permet pas de manquer à ce qu'on a promis : *Grave*

est fidem fallere; l. 1, ff. *de pecun. const.;* elle est encore fondée sur cette autre règle du droit naturel : *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet;* l. 17, §. 3, ff. *commod.*

Le mandataire, en acceptant le mandat, et en se chargeant de l'affaire du mandant, paroît exercer un bienfait envers le mandant. L'équité naturelle ne permet pas que cette acceptation du mandat, qui paroît renfermer un bienfait, au lieu de procurer de l'avantage, ne serve, par l'infidélité du mandataire, qu'à induire en erreur le mandant; ce qui est contre la nature du bienfait. Le mandant, s'il n'eût pas compté sur la parole de ce mandataire infidèle, auroit pu trouver un autre mandataire plus fidèle, ou auroit pu prendre des mesures pour faire par lui-même l'affaire qui faisoit l'objet du mandat; il est donc juste qu'il soit dédommagé par ce mandataire infidèle, de tout le préjudice que lui cause son infidélité par l'inexécution du mandat.

39. Il peut néanmoins, depuis le contrat, survenir plusieurs justes causes qui déchargent le mandataire de l'obligation d'exécuter le mandat, pourvu qu'il en donne avis au mandant : *Sanè, si valetudinis adversæ, vel capitalium inimicitiarum;* l. 23; *seu ob inanes rei actiones;* l. 24; *seu ob aliam justam causam excusationes allegat, audiendus est;* l. 25, ff. *mand.*

Ces lois rapportent en premier lieu le cas de maladie, *si valetudinis adversæ, etc.* Il est évident que le mandataire, lorsqu'il se charge du mandat, n'entend s'en charger qu'autant que sa santé lui permettra de l'exécuter; lorsqu'une maladie qu'on ne prévoit pas devoir survenir l'en empêche, c'est un cas fortuit dont il n'est pas garant; et on ne doit pas exiger de lui l'impossible.

40. Les lois rapportent, en second lieu, le cas d'inimitiés capitales survenues depuis le contrat entre le mandant et le mandataire, *vel capitalium inimicitiarum.* Le mandataire est en ce cas déchargé de l'obligation qu'il a contractée d'exécuter le mandat; la raison est, que les services qu'un mandataire s'est obligé de rendre au man-

dant en acceptant le mandat, étant par leur nature un office d'amitié, le mandat doit cesser par la rupture de l'amitié, étant contre la nature des choses qu'un ennemi exige de son ennemi un office d'amitié.

Observez que les lois ne parlent que d'inimitiés capitales, *capitalium inimicitiarum;* il n'y a que ces grandes inimitiés qui déchargent le mandataire d'exécuter le mandat; un léger refroidissement, un léger différent qui, depuis le contrat, seroit survenu entre les parties, ne l'en décharge pas.

41. Les lois rapportent, en troisième lieu, le cas du dérangement des affaires du mandant, survenu depuis le contrat. Il est juste que le mandataire soit en ce cas déchargé de l'obligation d'exécuter un mandat pour l'exécution duquel il y auroit des avances d'argent à faire, à moins que le mandant ne lui offrît de remettre les fonds nécessaires; car il ne s'est chargé du mandat que dans la confiance qu'il seroit remboursé de ses avances. Cette confiance venant à cesser par le dérangement des affaires du mandant, il en doit être déchargé; il ne seroit pas juste de l'exposer à perdre ses avances : *Iniquum est damnosum cuique esse officium suum;* l. 7, ff. *testam. quemad. aper.*

42. Enfin les lois ajoutent en quatrième lieu, *vel ob aliam justam causam.* Ces termes généraux comprennent toutes les espèces d'empêchements légitimes qui peuvent survenir depuis le contrat. Par exemple, si, étant à Paris, je m'étois chargé d'une affaire que vous y aviez, et que j'aie été obligé d'en partir pour une affaire indispensable qui m'est survenue, ce départ est une juste cause d'empêchement, qui doit me décharger de mon obligation.

Il en est de même si, sans quitter Paris, il m'y est survenu des affaires que je n'avois pas prévues, qui demandent tout mon temps, et qui ne me laissent pas le loisir d'exécuter le mandat : car je n'ai entendu m'en charger qu'autant que j'en aurois le loisir; et je n'ai point entendu m'obliger d'abandonner mes propres affaires pour exécuter le mandat.

43. Le mandataire n'est dispensé, dans tous les cas que nous avons rapportés jusqu'ici, qu'à la charge par lui d'en donner avis au mandant, afin que le mandant puisse prendre ses mesures pour trouver un autre mandataire, ou pour faire par lui-même l'affaire qui a fait l'objet du mandat : faute par le mandataire d'avoir donné cet avis au mandant, il n'est point déchargé de son obligation, et il est tenu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution du mandat.

Si l'empêchement étoit tel, qu'il ne laissât pas au mandataire même le pouvoir d'en donner avis au mandant, tel qu'est l'empêchement d'une maladie aiguë, ou d'une détention dans un lieu où on n'a pas la faculté d'écrire, le mandataire seroit déchargé de son obligation, quoiqu'il n'eût pas donné avis de l'empêchement; car on ne doit pas exiger de lui l'impossible.

44. Le mandataire peut quelquefois se décharger de l'obligation d'exécuter le mandat, quoiqu'il ne soit survenu aucune juste cause qui l'en dispense ; c'est lorsqu'il fait savoir au mandant qu'il n'entend pas l'exécuter, dans un temps où la chose est encore entière, c'est-à-dire, dans un temps où le mandant est à portée, ou de faire par lui-même l'affaire qui faisoit l'objet du mandat, ou de trouver facilement une autre personne qui veuille bien s'en charger. La raison est, que l'obligation que le mandataire a contractée d'exécuter le mandat, étant l'obligation d'un fait, *obligatio facti*, laquelle, selon les principes établis en notre *Traité des Obligations*, *n.* 146, ne se résout qu'aux dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation, il s'ensuit que le mandant, étant supposé ne souffrir rien, en ce cas, de ce que le mandataire ne s'acquitte pas de l'obligation qu'il avoit contractée d'exécuter le mandat, le mandataire peut manquer impunément à son obligation.

C'est ce qui a fait dire à Paul, que celui qui s'étoit chargé d'un mandat pouvoit impunément en signifier au mandant son déport en deux cas : 1° lorsque le mandant

ne souffroit rien; 2° en cas de légitime empêchement : *Renuntiari ità potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eamdem rem commodè explicandi; aut si redundet in eum captio qui suscepit mandatum;* c'est-à-dire, si, par un accident depuis survenu, le mandataire ne peut exécuter le mandat, *sine magnâ suî captione, id est*, sans se causer un préjudice considérable, comme s'il lui falloit abandonner pour cela ses propres affaires; l. 22, §. 11, ff. *mand.*

45. Il y a un cas auquel le mandataire non seulement ne peut, mais ne doit pas exécuter le mandat dont il s'est chargé; c'est lorsqu'il est venu à sa connoissance quelque chose que le mandant ignore, et qui doit vraisemblablement porter le mandant à révoquer le mandat, lorsqu'il en aura connoissance. Par exemple, si le mandataire a été chargé d'acheter un certain héritage, et que, depuis qu'il s'est chargé du mandat, il ait découvert qu'il n'y avoit pas de sûreté dans l'acquisition, ou que l'héritage a des vices très considérables qui sont ignorés du mandant; en ce cas, la bonne foi oblige le mandataire à surseoir à l'exécution du mandat dont il s'est chargé, jusqu'à ce qu'il ait donné avis au mandant de ce qui est parvenu à sa connoissance, et qu'il ait reçu de lui de nouveaux ordres.

ARTICLE II.

Du soin que doit apporter le mandataire à l'affaire qui fait l'objet du mandat.

46. Quoique le mandat soit un contrat qui ne concerne que l'intérêt du mandant; que le mandataire n'y intervienne que pour faire plaisir au mandant, sans qu'il ait aucun intérêt à ce qui en fait l'objet; et que, suivant le principe tiré de la loi, §. 2, ff. *commod.*, que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, *n.* 142, dans les contrats qui ne concernent que l'intérêt de l'une des parties, celle pour l'intérêt de laquelle le contrat intervient ne puisse exiger de l'autre partie que de la bonne foi; néanmoins,

dans le contrat de mandat, par une exception à ce principe, le mandant a le droit d'exiger du mandataire qui s'est chargé du mandat, non-seulement de la bonne foi, mais tout le soin et toute l'habileté que demande l'exécution du mandat dont il s'est chargé; et le mandataire, en conséquence, est responsable envers le mandant, de tout le tort qu'il lui a causé dans la gestion de l'affaire, non-seulement par son dol, mais par sa faute, de quelque espèce que soit la faute : *A procuratore dolum et omnem culpam, non etiam improvisum casum præstandum esse, juris autoritate manifestè declaratur;* l. 13, *cod. mand.*

La raison est, que celui qui se charge de la gestion d'une affaire se charge de tout ce qui est nécessaire pour cette gestion, et par conséquent de tout le soin et de toute l'habileté qu'elle demande : *Spondet diligentiam et industriam negotio gerendo parem.* Il manque donc à son obligation lorsqu'il n'apporte pas, pour la gestion de l'affaire, tout le soin et toute l'habileté qu'il s'est chargé d'apporter par l'acceptation qu'il a faite du mandat; et par conséquent il doit être tenu des dommages et intérêts qui en résultent.

La loi 10, ff. *mand.*, où il est dit : *Non ampliùs quàm bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat,* n'est pas contraire à ces principes, étant bien entendue. Dans cette loi, il étoit question de savoir si un mandataire qui avoit été chargé de faire pour le mandant l'achat d'un certain héritage, après avoir fait cet achat, et mis le mandant en possession de l'héritage, devoit être garant de cet héritage envers le mandant. On répond qu'il n'en est pas tenu; qu'il doit suffire au mandant que le mandataire l'ait mis en possession de l'héritage qu'il a acheté par son ordre; qu'il l'ait subrogé aux actions contre le vendeur, qui résultent de cet achat, et que le mandataire ait apporté à cette affaire le soin qu'elle demandoit, pour procurer au mandant les sûretés qu'il devoit avoir : le mandant ne peut demander rien de plus au mandataire, parce que, dit la loi, c'est tout ce que la bonne foi exige du mandataire,

et qu'on ne peut lui demander plus que ce que la bonne foi demande de lui : *Non ampliùs quàm bonam fidem præstare eum oportet, qui procurat.* Voilà le sens de ces termes. Mais ils n'ont pas ce sens, qu'il suffit au mandataire, de même qu'au dépositaire, de ne pas pécher par malice, et qu'il n'est pas tenu du défaut de soin; car étant censé, en se chargeant de l'affaire, s'être chargé d'y apporter le soin qu'elle demandoit, la bonne foi l'oblige à remplir son obligation, et à apporter le soin qu'il s'est obligé d'apporter; d'où il suit qu'il est tenu des fautes qu'il a commises, pour n'avoir pas apporté ce soin. C'est pourquoi il est dit dans la loi, que si le mandataire n'a pas eu le soin de procurer au mandant les sûretés contre le vendeur qu'il devoit lui procurer, il est tenu envers le mandant de cette faute : SI CULPA *caveri non curaverit, condemnabitur; d.* l. 10, §. 1.

47. Le mandataire est tenu non-seulement de ses fautes *in committendo*, mais aussi de celles qui sont *in omittendo.* Par exemple, si celui que j'avois chargé de la gestion de toutes mes affaires, et à qui j'avois, pour cet effet, remis mes titres, m'a fait perdre mes créances, en manquant de faire passer des reconnoissances à mes débiteurs, ou de s'opposer à un décret des biens qui y étoient hypothéqués, il n'est pas douteux qu'il en est responsable.

48. Si le mandataire n'étoit pas capable de l'habileté qui étoit nécessaire pour la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, seroit-il tenu du tort qu'il a causé au mandant, dans la gestion de l'affaire, par son défaut d'habileté? La raison de douter est, qu'on ne doit exiger de personne l'impossible. La raison de décider qu'il en est tenu, est qu'on ne doit pas exiger, à la vérité, du mandataire une habileté qu'il n'a pas; ce seroit exiger de lui l'impossible; mais qu'on a droit d'exiger qu'il consulte ses forces avant que de se charger de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Il est donc en faute de ne les avoir pas consultées, et de s'être chargé d'une affaire qui surpassoit ses forces. Il doit par conséquent être tenu du tort qu'il a causé au mandant,

en s'en chargeant, en se faisant fort d'une habileté qu'il n'avoit pas. En paroissant vouloir rendre service au mandant, il a induit en erreur le mandant, qui auroit pu gérer l'affaire comme il faut, ou par lui-même, ou par un autre, s'il n'eût pas compté sur ce mandataire imprudent.

49. Ce que nous avons dit ci-dessus, que le mandataire est tenu de toutes les fautes qu'il commet dans la gestion, de quelque espèce qu'elles soient, ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'indistinctement, dans toutes sortes d'affaires, le mandataire soit tenu d'apporter le soin dont les hommes les plus diligents et les plus attentifs sont capables, et qu'il soit toujours tenu *de levissimâ culpâ.* Mais cela doit s'entendre en ce sens, qu'il doit apporter tout le soin, toute l'habileté que demande la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat, et qu'en conséquence, il est tenu des fautes qu'il fait dans la gestion, même des plus légères, *de levissimâ culpâ*, non pas indistinctement, mais suivant la nature de l'affaire. Lorsque l'affaire qui fait l'objet du mandat est de nature à demander le plus grand soin et la plus grande attention, le mandataire est tenu de l'apporter, et il est tenu en ce cas *de levissimâ culpâ;* lorsqu'au contraire, l'affaire est de nature à ne demander qu'un soin ordinaire, il suffit au mandataire d'apporter ce soin, et il n'est tenu que *de levi culpâ.*

On doit avoir aussi égard aux circonstances. Si un mandataire peu habile, bien loin de s'offrir de lui-même, a cédé aux instances de son ami, pour se charger d'une affaire que son ami ne pouvoit faire, ni par lui-même, ni par d'autres, ne connoissant personne qui voulût s'en charger, on ne doit pas dans ces circonstances exiger de ce mandataire d'autre habileté et d'autre diligence que celle dont il est capable.

50. A l'égard des cas fortuits et des accidents de force majeure, le mandataire n'en est jamais tenu : *A procuratore omnem culpam, non etiam improvisum casum, etc.;* l. 13, *cod. mand.*

Si néanmoins le mandataire s'en étoit expressément chargé, la convention seroit valable, et il en seroit tenu,

comme dans l'espèce suivante. J'ai proposé à un de mes amis de lui mener vendre ses laines à une certaine foire, avec les miennes; il m'a répondu qu'il aimoit mieux les vendre, quoiqu'à moindre prix, aux coquetiers qui vont les acheter dans les fermes, que de les envoyer à la foire, parcequ'il craignoit que les voleurs, au retour de la foire, ne m'attaquassent, et ne volassent le prix de ses laines. Je lui ai dit que c'étoit une terreur panique, et que je me chargeois de l'évènement : il m'a en conséquence donné ses laines pour les mener vendre à la foire, en me disant qu'il ne les envoyoit que parceque je me chargeois de l'évènement. La convention est valable; et si le cas arrive, et que je sois volé, je serai tenu de rendre à mon ami le prix de ses laines : *Placuit posse rem hâc conditione deponi, mandatumque suscipi, ut res periculo sit ejus qui depositum vel mandatum suscepit*; l. 39, ff. *mand.*

Au contraire, le mandataire peut stipuler qu'il ne sera pas responsable des fautes qu'il pourroit commettre dans la gestion du mandat. Mais, quelque convention qui intervienne, il ne peut manquer impunément à la bonne foi qu'il y doit apporter : *Illud nullâ ratione effici potest, ne dolus præstetur*; l. 27, §. 3, ff. *de pact.*

ARTICLE III.

De l'obligation que le mandataire contracte envers le mandant, de lui rendre compte de sa gestion, et de lui remettre ce qu'il en retient.

§. I. Du compte que doit rendre le mandataire.

51. Le mandataire s'oblige, par le contrat de mandat, de rendre compte de sa gestion.

Il doit employer dans le chapitre de recette les sommes et les choses qui lui sont parvenues de cette gestion.

Si par sa faute il les avoit laissé perdre ou périr, il se chargeroit, à la place de ces choses, de la somme à laquelle on évalueroit les dommages et intérêts résultants de la perte de ces choses.

Si par sa faute elles étoient détériorées au point qu'elles

ne fussent plus recevables, il devroit se charger de la même somme dont il seroit tenu de se charger si elles étoient entièrement péries ou perdues; sauf à lui à les garder pour son compte.

Il doit employer en recette non-seulement les sommes et les choses qui lui sont effectivement parvenues, mais aussi celles qui lui devoient parvenir, et qui par sa faute ne lui sont pas parvenues.

Il doit se charger en recette de la somme à laquelle on estimera les dommages et intérêts du mandant, résultants de ce que, par la faute du mandataire, ces choses ne lui sont pas parvenues.

Quoique la procuration de vendre, sans dire à qui, portât le prix pour lequel le mandant vouloit vendre la chose, le mandataire qui l'a vendue pour le prix de la procuration, est tenu de tenir compte de ce qu'il a pu la vendre plus, s'il est justifié qu'il n'a tenu qu'à lui de la vendre plus à un acheteur solvable, car dans le mandat de vendre pour une certaine somme, on doit sous-entendre, *ou plus, s'il est possible;* de même que dans le mandat d'acheter pour une certaine somme, on sous-entend, *ou moins, s'il est possible.*

Il doit employer en recette les fruits qu'il a perçus des choses qui lui sont parvenues, et même le prix de ceux qu'il en auroit dû percevoir, et qu'il n'a pas perçus par sa faute.

Il doit pareillement compter du prix des fruits qu'il auroit dû percevoir des choses qui, par sa faute, ne lui sont pas parvenues; à moins que le prix de ces fruits ne soit compris dans la somme à laquelle on auroit estimé les dommages et intérêts résultants de ce que, par la faute du mandataire, les choses ne lui sont pas parvenues.

Enfin il doit se charger de la somme à laquelle on estimera les détériorations qu'il auroit causées, par sa faute, dans les biens ou les choses dont il a eu l'administration.

52. Un procureur *universorum bonorum* peut-il prétendre

que ce qu'il doit pour le dommage qu'il a causé au mandant dans une affaire, doit se compenser avec de grands avantages qu'il a procurés par ses soins et son habileté au mandant, dans d'autres affaires?

Les lois romaines ont fait cette question à l'égard d'un associé, et elles ont décidé qu'un associé, en pareil cas, n'étoit pas fondé à prétendre cette compensation, parcequ'il devoit ses soins et son industrie à la société, comme nous l'avons vu en notre *Traité de la Société*, *n.* 125. Il y a même raison de décider la question contre le mandataire, qui ne doit pas moins qu'un associé tous ses soins et toute son habileté à la gestion des affaires dont il s'est chargé, s'y étant obligé envers le mandant par l'acceptation qu'il a faite du mandat. Il est vrai que la reconnoissance paroît devoir porter le mandant à cette compensation; mais la reconnoissance ne produit qu'une obligation imparfaite, et elle ne peut donner au mandataire un droit pour exiger cette compensation.

Le sentiment que nous avons embrassé est celui de la glose. Quelques docteurs cités par Brunneman, *ad* l. 4, *cod. mand.*, sont d'un sentiment contraire, et croient qu'on peut admettre cette compensation. Ils se fondent sur la loi Gaïus, 11, ff. *de usur.*, qui décide que lorsque l'administrateur des deniers d'une ville a placé une partie de ces deniers à un taux inférieur au taux commun et ordinaire, et le surplus à un taux plus cher que le taux ordinaire, de manière que l'intérêt qu'il a retiré du total des sommes monte au moins au taux ordinaire, il ne doit pas être condamné pour en avoir placé une partie à un moindre taux que le taux ordinaire.

La réponse est que, dans l'espèce de la loi opposée, la vigilance qu'a eue l'administrateur à profiter des occasions de placer une partie des deniers à un taux plus cher que le taux ordinaire, fait présumer que lorsqu'il en a placé une partie à un taux moins cher, il n'a pu faire mieux, et qu'il n'est pas en faute. C'est pourquoi cette loi ne peut recevoir d'application à notre question, où on

suppose que le mandataire a véritablement causé par sa faute, dans une affaire, quelque dommage au mandant.

53. Le compte que doit rendre le mandataire, doit aussi contenir un chapitre de mises. Il emploie dans ce chapitre les sommes qu'il a déboursées pour la gestion du mandat.

Ces mises ne lui sont allouées qu'autant qu'il a été à propos de les faire. Mais si l'affaire ne demandoit pas qu'il les fît, ou s'il a pu les faire à moindres frais, elles doivent être rejetées, ou réduites à la somme pour laquelle il a pu les faire.

Les frais des voyages que le mandataire a été obligé de faire pour sa gestion, font partie de cette mise.

54. Les docteurs font à cet égard la question, si un mandataire peut coucher en mise tout ce qu'il a été obligé de dépenser pendant le voyage, ou s'il ne peut coucher que ce qu'il a dépensé de plus que ce qu'il eût dépensé s'il fût resté chez lui. Brunneman, *ad* l. 10, §. 3, ff. *mand.*, cite plusieurs docteurs qui décident qu'il ne peut coucher en mise que ce surplus, parceque, disent-ils, un mandataire ne peut demander le remboursement que de ce qu'il lui en a coûté pour s'être chargé du mandat, *id tantùm quod ei abest ex causâ mandati.* Or il ne lui en coûte proprement que ce qu'il a dépensé de plus qu'il n'auroit dépensé s'il fût resté chez lui. Néanmoins je vois qu'*in praxi* on ne traite pas si ric-à-ric un mandataire, et qu'on lui alloue tout ce qu'il a été obligé de débourser pour les frais de son voyage, sans lui faire déduction de ce qu'il auroit dépensé en restant chez lui.

On peut faire une pareille question pour le contrat de société.

55. On ajoute aussi quelquefois au compte un chapitre de reprises, qui contient la reprise de certaines sommes dont le mandataire s'est chargé par le chapitre de recette, comme étant chargé par le mandat de les recevoir, et qu'il n'a pas néanmoins reçues, soit par l'insolvabilité des débiteurs, soit pour quelque autre cause, sans qu'il y ait eu aucune faute de sa part.

56. On joint le montant du chapitre de reprise à celui du chapitre de mise; on en fait déduction sur le montant des sommes employées dans le chapitre de recette : ce qui en reste est le reliquat du compte dont le mandataire est débiteur envers le mandant.

Il doit les intérêts de ce reliquat, du jour qu'il a été mis en demeure de le payer, quand même les sommes dont le chapitre de recette est composé, seroient des arrérages de rentes constituées, ou des intérêts qui étoient dus au mandant par ses débiteurs. Ces sommes ne sont pas, à la vérité, de nature à produire des intérêts vis-à-vis des personnes qui en étoient les débiteurs; mais elles forment, dans la personne du mandataire qui les a reçues, un capital qui peut produire contre lui des intérêts : *Papinianus ait, etiamsi usuras exegerit procurator, et in usus suos converterit, usuras eum præstare debere;* l. 10, §. 3, ff. *mand.* Il en est de même du cas auquel le mandataire a été mis en demeure de payer le reliquat formé de ces intérêts.

57. Lorsque c'est le montant des deux chapitres de mise et de reprise, qui excède le total des sommes employées dans le chapitre de recette, il s'en fait pareillement une compensation jusqu'à due concurrence; et le mandataire est créancier de l'excédant; pourquoi il a l'action *contraria mandati*, dont nous traiterons au chapitre suivant.

§. II. De la restitution que le mandataire doit faire au mandant, de tout ce qui lui est parvenu de sa gestion.

58. La gestion que le mandataire a faite en exécution du mandat, étant une gestion qu'il a faite pour le mandant, et en son lieu et place, tout ce qui lui est parvenu de cette gestion, il l'a reçu pour le mandant, et en son lieu et place : il doit donc le lui restituer entièrement : *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit, nihil remanere oportet;* l. 20, ff. *mand.*

Néanmoins, lorsque ce sont des sommes d'argent qui sont parvenues au mandataire de sa gestion, il peut com-

penser et retenir sur ces sommes celles qu'il a déboursées pour sa gestion ; et il ne doit rendre que le reliquat qui lui reste après cette compensation faite, comme nous l'avons vu au paragraphe précédent.

59. Lorsque ce sont des corps certains qui sont parvenus au mandataire, de sa gestion, le mandataire, suivant le même principe, doit les restituer au mandant. Par exemple, si j'ai chargé quelqu'un de m'acheter une certaine chose, le mandataire qui s'est chargé de mon mandat, et qui a acheté et s'est fait livrer cette chose, doit me la restituer, quand même il en auroit fait l'achat en son nom : *Si tibi mandavi ut hominem emeres, teneberis mihi ut restituas;* l. 8, §. 10, ff. *mand.*

Observez néanmoins que le mandataire n'est obligé de restituer au mandant les corps certains qui lui sont parvenus de sa gestion, qu'à la charge par le mandant de le rembourser au préalable des déboursés qu'il a faits pour sa gestion; jusqu'à ce, le mandataire peut les retenir, *veluti quodam jure pignoris.*

60. Suivant le même principe, qu'il ne doit rien rester au mandataire de sa gestion, lorsque le mandataire, par des contrats qu'il a faits en exécution du mandat avec des tiers, a acquis contre eux des droits et actions, le mandant y doit être subrogé ; *d.* §. 10.

ARTICLE IV.

De l'action qui naît des obligations du mandataire.

61. De l'obligation que contracte le mandataire par le contrat de mandat, naît l'action *mandati directa*, qu'a le mandant contre le mandataire, aux fins que dans le cas auquel le mandataire, sans une juste cause d'empêchement, auroit manqué d'exécuter le mandat dont il s'est chargé, il soit condamné envers le mandant aux dommages et intérêts résultants de l'inexécution du mandat, comme il a été dit en l'article premier; et que, dans le cas auquel il auroit exécuté le mandat, il soit condamné à en ren-

dre compte au mandant, et à lui remettre ce qu'il en retient, suivant ce qu'il a été dit en l'article précédent.

Cette action est appelée *directa*, parceque l'obligation du mandataire d'où elle naît, est l'obligation *mandati directa*, c'est-à-dire, l'obligation principale qui naît du contrat de mandat, sans laquelle il ne peut y avoir et on ne peut concevoir de mandat; car on ne peut concevoir un contrat de mandat, sans que le mandataire s'oblige d'exécuter le mandat, et d'en rendre compte.

62. Le mandant peut intenter cette action contre le mandataire, quand même l'affaire qui fait l'objet du mandat ne seroit pas l'affaire du mandant, mais celle d'un tiers; car le mandant qui en a chargé le mandataire, s'en étant par-là rendu lui-même comptable envers ce tiers, il a intérêt de s'en faire rendre compte par son mandataire, afin de pouvoir en rendre compte lui-même à ce tiers, envers qui il s'en est chargé : *Si quis mandaverit alicui gerenda negotia ejus qui ipse sibi mandaverat, habebit mandati actionem, quia et ipse tenetur;* l. 8, §. 3, ff. *mand.*

Quoique cette loi dise, *ejus qui ipse sibi mandaverat*, il faut décider de même, quand même je vous aurois chargé de l'affaire d'un tiers qui ne m'en auroit pas chargé; car par cela seul que je vous en charge, j'en deviens chargé et comptable envers lui, *actione negotiorum gestorum.*

63. Lorsqu'il y a plusieurs mandataires qui se sont chargés, par le contrat de mandat, de l'affaire qui en fait l'objet, cette action peut s'intenter solidairement contre chacun d'eux : *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem; quæsitum est an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi unumquemque in solidum conveniri debere, dummodò ab utroque non ampliùs debito exigatur;* l. 60, §. 2, ff. *mand.*

Automne, sur ce paragraphe, prétend que cette décision a été abrogée par la novelle 99. Néanmoins Domat,

en ses Lois Civiles, *liv.* 1, *t.* 15, *sect.* 3, *n.* 13, rapporte cette décision comme étant en vigueur. J'adhère au sentiment de Domat. Il est vrai que cette novelle a décidé qu'entre plusieurs débiteurs la volonté de s'obliger solidairement ne se présume pas, et qu'elle devoit être exprimée : mais cette disposition de la novelle ne doit pas s'étendre aux solidités qui se forment par la nature même de l'engagement, telle qu'est celle de deux mandataires qu'on a chargés de la gestion d'une ou de plusieurs affaires. Cette gestion n'ayant point été partagée entre eux, et chacun d'eux s'étant chargé de cette gestion pour le total, il est de la nature de leur engagement qu'ils en soient chargés chacun pour le total, et par conséquent solidairement.

64. Cette action peut s'intenter non seulement par le mandant, mais par ses héritiers et autres successeurs, et elle peut pareillement s'intenter non seulement contre le mandataire, mais contre ses héritiers : car quoique le mandat finisse par la mort du mandataire, et que les héritiers du mandataire ne succèdent pas à l'obligation que le mandataire avoit contractée d'exécuter le mandat, lorsque le mandataire est mort avant que d'avoir été en demeure, et d'avoir eu le loisir de l'exécuter; au contraire, lorsque le mandataire n'est mort qu'après avoir exécuté le mandat au moins en partie, ou qu'après avoir été en demeure de l'exécuter, ses héritiers succèdent à l'obligation de rendre compte de sa gestion, ou à celle des dommages et intérêts résultants de la demeure en laquelle a été le défunt d'exécuter le mandat dont il s'étoit chargé.

65. Par le droit romain, l'action *mandati directa* étoit du nombre de celles qu'on appeloit *famosæ*, parceque la condamnation qui intervenoit sur cette action contre le mandataire, pour raison de quelque malversation par lui commise dans sa gestion, ou pour son refus de rendre compte de ce qu'il en retenoit, lui faisoit de plein droit encourir l'infamie. Cela n'a pas lieu par notre droit.

66. Le mandant n'a pas d'hypothèque pour cette action

sur les biens du mandataire, quoique la procuration ait été passée par acte devant notaire; car ce n'est pas par cet acte que le mandataire, qui n'y est pas présent, s'oblige envers le mandant; ce n'est que par l'acceptation qu'il fait depuis de la procuration : c'est pourquoi, à moins que cette acceptation ne se fit aussi par un acte devant notaire, le mandant ne peut avoir d'hypothèque sur les biens du mandataire.

CHAPITRE III.

Des obligations du mandant; et quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, ou en être sorti?

67. Le mandant, par le contrat de mandat, contracte envers le mandataire l'obligation de l'indemniser des sommes qu'il a déboursées, et des obligations qu'il a contractées pour la gestion du mandat. Nous parlerons de cette obligation, et de l'action qui en naît, dans une première section. Nous traiterons, dans une seconde section, des obligations que le mandant contracte envers les tiers avec lesquels son mandataire contracte en exécution du mandat.

Comme le mandant ne s'oblige ni envers le mandataire, ni envers les tiers avec lesquels le mandataire contracte, qu'autant que le mandataire s'est renfermé dans les bornes du mandat, nous examinerons dans une troisième section, quand il est censé s'y être renfermé, ou en être sorti.

SECTION PREMIÈRE.

De l'obligation que contracte le mandant, d'indemniser le mandataire.

68. Le mandant, par le contrat de mandat, s'oblige d'indemniser le mandataire de ce qu'il sera obligé de débourser, et des obligations qu'il sera obligé de contracter pour l'exécution du mandat.

Cette obligation est appelée *obligatio mandati contraria*, parce que cette obligation n'est pas une obligation principale du contrat de mandat : ce n'est qu'une obligation incidente, à laquelle donne ouverture, depuis le contrat, la dépense que le mandataire a faite pour l'exécution du mandat. Elle n'est point essentielle au contrat de mandat, puisqu'il y a des mandats qui peuvent s'exécuter sans que le mandataire débourse rien, et sans qu'il contracte aucune obligation envers des tiers, pour l'exécution du mandat.

Cette obligation d'indemniser le mandataire consiste, 1° à le rembourser de tout ce qu'il a déboursé pour l'exécution du mandat; 2° à le faire décharger des obligations qu'il a contractées envers des tiers, pour l'exécution du mandat.

ARTICLE PREMIER.

De l'obligation de rembourser le mandataire.

Pour qu'il y ait lieu à cette obligation, il faut, 1° que le mandataire ait déboursé quelque chose; 2° qu'il l'ait déboursé *ex causâ mandati*; 3° qu'il l'ait déboursé sans sa faute, *inculpabiliter*.

§. I. Il faut que le mandataire ait déboursé quelque chose.

69. Cela est évident. L'obligation de rembourser le mandataire suppose nécessairement qu'il a déboursé quelque chose.

Par exemple, si j'ai acheté une chose par votre ordre, dont j'ai payé le prix de mes deniers, vous êtes obligé, *obligatione mandati contrariâ*, de me rembourser la somme que j'ai payée pour le prix de cette chose; ou, si j'ai payé le prix avec les deniers que vous m'avez fournis, mais que j'aie déboursé des miens pour les loyaux coûts du contrat, pour les voyages que j'ai été obligé de faire pour cette affaire, vous êtes pareillement obligé de me rembourser : *Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de*

pretio recuperando; sed etsi tuo pretio, impendero tamen aliquid bonâ fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio; l. 12, §. 9, ff. *mand.*

70. On doit rembourser le mandataire de ce qu'il a déboursé en exécution du mandat, quand même le mandataire auroit action contre un tiers pour s'en faire payer : le mandataire est seulement tenu, en ce cas, de subroger le mandant à cette action, lorsque le mandant le remboursera. Par exemple, si, de l'ordre de quelqu'un, vous avez prêté une somme d'argent à Pierre, vous en avez la répétition, non seulement, *condictione ex mutuo*, contre Pierre à qui vous l'avez prêtée, mais aussi contre votre mandant, *actione mandati contrariâ.* Ainsi le décide Gordien : *Tam condictio adversùs eum qui à te mutuam sumpsit pecuniam, quàm adversùs eum cujus mandatum secutus es, mandati actio tibi competit;* l. 7, *cod. mand.*

La novelle a néanmoins accordé en ce cas l'exception de discussion aux *mandatores pecuniæ credendæ*, à moins qu'ils n'y aient renoncé.

71. Le mandataire doit être remboursé, non seulement lorsque c'est de l'argent qu'il a déboursé pour l'affaire dont il étoit chargé; mais encore si pour cette affaire il a employé et aliéné quelque autre chose que ce soit de son bien, il doit être remboursé du prix de cette chose; et ce prix doit se régler eu égard à ce que la chose valoit lorsque le mandataire l'a employée pour l'affaire dont il s'étoit chargé par le mandat. C'est ce que décide Africain dans l'espèce suivante. Vous vous êtes rendu débiteur d'une certaine chose qui ne vous appartenoit pas : par votre ordre, je me suis rendu caution pour vous de cette obligation, et m'étant trouvé propriétaire de cette chose, je l'ai donnée pour vous en paiement du cautionnement que j'avois contracté par votre ordre. Africain décide que vous devez m'en rembourser le prix, eu égard à ce qu'elle valoit au temps que je l'ai payée. *Hominem certum pro te dare fidejussi et solvi; quùm mandati agetur, æstimatio ejus ad id potiùs tempus quo solutus sit, non quo agetur referri debet; et*

ideò, etiam si mortuus fuerit, nihilominùs utilis actio est; l. 37, ff. *mand.*

72. Lorsque vous m'avez chargé de me rendre caution pour vous envers Pierre, pour une certaine somme, *putà*, de mille livres, et de l'acquitter, et qu'en exécution de votre mandat j'ai engagé Pierre, votre créancier, à accepter pour débiteur, en votre place, Jacques, qui me devoit pareille somme, et que je lui ai délégué; lorsqu'il sera question de régler entre nous ce que vous devez me rembourser *actione contrariâ mandati*, quand même ma créance de mille livres contre Jacques, par le peu de solvabilité de Jacques, auroit été *in se* d'une valeur au-dessous de son capital, néanmoins vous me devez rembourser la somme entière de mille livres, parce que votre créancier, en acceptant la délégation que je lui ai faite de cette créance, a rendu bonne cette créance, qui ne vous a pas moins profité que si Jacques eût été très-solvable. C'est ce qu'enseigne Paul : *Abesse videtur pecunia fidejussori, etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licèt is solvendo non fuerit, quia bonum nomen facit creditor qui admittit debitorem delegatum;* l. 26, §. 2, ff. *mand.*

73. Le mandataire doit être remboursé de ce qu'il a déboursé pour l'affaire dont il s'est chargé, soit qu'il l'ait déboursé lui-même, soit que ce soit un tiers qui l'ait déboursé pour lui et en son nom, quand même ce tiers l'auroit fait pour gratifier le mandataire, et sans en prétendre contre lui aucune répétition; car il suffit que cela ait été déboursé au nom du mandataire, pour que le mandataire soit censé l'avoir déboursé : *Marcellus fatetur, si quis donaturus fidejussori, pro eo solverit creditori, habere fidejussorem actionem mandati, quasi fidejussor ipse solvisset;* l. 12, §. 1, ff. *mand.*

Cette décision n'est pas contraire à ce qui est décidé plus haut dans la même loi, que celui qui, par votre ordre, s'est rendu caution envers votre créancier, et à qui votre créancier a fait remise de la dette par pure libéralité, ne peut rien exiger de vous, *actione mandati contrariâ*,

parcequ'il n'a rien déboursé, et qu'il ne lui en a rien coûté pour l'exécution de votre mandat. Les deux espèces sont bien différentes. Dans l'espèce opposée, le mandataire n'a rien payé; mais dans notre espèce, lorsqu'un ami de votre mandataire, qui s'est rendu caution pour vous, paie au nom de votre mandataire, à sa prière, la somme pour laquelle il vous a cautionné; quoiqu'il en fasse présent à votre mandataire, il suffit qu'il ait payé cette somme au nom de votre mandataire, pour qu'il soit vrai de dire que c'est votre mandataire qui est censé l'avoir payée, suivant la règle de droit, *Qui mandat solvi, ipse solvere videtur;* l. 56, ff. *de solut.;* et pour qu'en conséquence il ait contre vous l'action *mandati contraria*, pour s'en faire rembourser. Vous ne pouvez pas lui opposer qu'il ne lui en a rien coûté pour l'exécution de votre mandat; car le paiement ayant été fait au nom de votre mandataire par son ami, ce paiement, *fictione brevis manûs*, renferme deux traditions; l'une par laquelle l'ami de ce mandataire lui auroit donné la somme, et l'autre par laquelle le mandataire l'auroit ensuite payée à votre créancier. C'est pourquoi votre mandataire peut vous répondre qu'il lui coûte, pour l'exécution de votre mandat, la somme que lui a donnée son ami, et qu'il a payée à votre créancier, en exécution de votre mandat.

Quand même l'ami de votre mandataire auroit fait ce paiement au nom de votre mandataire, sans qu'il l'en eût prié, il faudroit décider de même; car votre mandataire ratifiant ce paiement fait en son nom par son ami, c'est la même chose que s'il avoit été fait à sa prière, suivant la règle de droit, *Ratihabitio mandato comparatur;* l. 12, §. 4, ff. *de solut.* Conséquemment, votre mandataire n'est pas moins censé avoir fait lui-même le paiement qui a été fait en son nom, que s'il eût été fait à sa réquisition; et il a pareillement contre vous l'action *mandati contraria*, pour s'en faire rembourser.

Il n'importe que le mandataire, ou autre pour lui, ait payé et déboursé réellement une somme pour l'exécution

du mandat, ou qu'il l'ait payée par compensation. Par exemple, si votre mandataire s'étoit, à votre prière, rendu caution pour vous envers Sempronius, votre créancier, pour une somme de mille livres, et que Titius, à qui Sempronius devoit une somme de mille livres, voulant gratifier votre mandataire, fût convenu, avec Sempronius, que la somme que Sempronius lui devoit fût compensée avec celle que votre mandataire étoit tenu, par son cautionnement, de payer à Sempronius; votre mandataire a contre vous l'action pour se faire rembourser de la somme mille livres que son ami a payée pour lui, par compensation, à votre créancier, en exécution de votre mandat; car c'est la même chose que si Titius l'avoit réellement déboursée pour et au nom de votre mandataire. C'est ce que décide Ulpien : *Si is qui fidejussori donare vult, creditorem ejus habeat debitorem suum, eumque liberaverit; continuò agit fidejussor mandati, quatenùs nihil intersit, nummos solverit creditori, an eum liberaverit;* l. 26, §. 3, ff. *mand.*

Suivant le même principe, Ulpien décide que si votre créancier, pour récompense des services que lui avoit rendus votre caution, a fait remise de la somme pour laquelle elle vous avoit cautionné par votre ordre, votre caution a l'action *mandati contraria* pour s'en faire rembourser par vous; car elle est censée l'avoir déboursée en exécution de votre mandat, par la compensation qui en a été faite avec la récompense qui lui étoit due pour ses services : *Si fidejussori donationis causâ acceptum factum sit, puto, si fidejussorem remunerare voluit creditor, habere eum mandati actionem;* l. 10, §. *fin.* ff. *mand.*

Si la remise que le créancier a faite de sa dette, quoique faite en considération de la caution, n'étoit pas faite pour récompense de services, mais étoit pure et simple, Ulpien décide que la caution n'aura pas, en ce cas, l'action *mandati contraria : Si verò non remunerandi causâ, sed principaliter donando fidejussori remisit actionem, man-*

dati eum non acturum; l. 12, ff. *mand.* La raison est que le créancier en ce cas n'a rien reçu; la caution n'a rien payé, n'a rien déboursé, *nihil ei abest.*

On ne manquera pas d'objecter que notre jurisprudence françoise est contraire à la décision de cette loi romaine. Pour cela, on tirera argument de ce qu'en matière de retrait lignager, l'acheteur d'un héritage, à qui le seigneur, par quelque considération personnelle pour lui, a fait remise du profit seigneurial, ou pour le tout, ou pour partie, est reçu à prétendre contre le lignager le remboursement du profit, ou de la partie du profit dont on lui a fait remise, quoique ni lui, ni aucun autre pour lui, n'ait rien déboursé à cet égard : donc, dira-t-on, dans notre jurisprudence, votre caution, que votre créancier a voulu gratifier en faisant remise de sa créance, doit pareillement être reçue, contre la décision de la loi romaine, à prétendre contre vous, par l'action *contraria mandati*, le remboursement de la somme dont votre créancier a fait remise en sa considération, quoique ni elle, ni aucun autre pour elle, n'ait rien déboursé. Pour concilier notre jurisprudence dans l'espèce du retrait, avec la décision d'Ulpien dans l'espèce de la loi 12, on peut dire que les deux espèces conviennent bien en un point, qui est que dans l'une et dans l'autre le créancier n'a rien reçu : mais elles diffèrent en ce que lorsque le seigneur, avant le retrait, fait remise du profit à l'acquéreur, cet acquéreur étant pour lors le seul débiteur de ce profit, la donation que renferme la remise que le seigneur fait de ce profit, ne peut être censée faite qu'à cet acquéreur seul; le retrait qui est fait sur lui ne doit pas le priver de l'effet de cette donation qui a été faite à lui seul. Il est donc bien fondé à prétendre contre le retrayant la somme dont le seigneur lui a fait remise; autrement il ne seroit pas parfaitement indemne : *Eatenùs ei abesset, quatenùs amitteret donationis in ipsum collatæ effectum.*

Au contraire, dans l'espèce de la loi 12, lorsque le créancier a fait une remise pure et simple de la dette, quoi-

qu'il ait été porté à la faire par des considérations personnelles pour la caution, il ne s'ensuit pas qu'il n'ait voulu faire qu'à la caution la donation que la remise de la dette renferme : on accorde souvent un bienfait qui est commun à plusieurs personnes, par considération pour l'une d'entre elles. Si le créancier eût voulu que la caution profitât seule de la somme dont il a fait remise, il lui auroit fait un transport sans garantie de sa créance, au lieu d'en faire la remise. La donation que renferme la remise d'une dette est, par la nature de ce qui en fait l'objet, censée faite à tous ceux qui, étant tenus de la dette, peuvent profiter de la remise. La caution ne peut donc point en ce cas rien répéter par l'action *mandati contraria*, contre le mandant; car le créancier, en faisant la remise, quoique porté à la faire par la considération qu'il avoit pour la caution, n'ayant rien entendu donner à la caution par cette remise, que la décharge de son obligation; n'ayant point entendu que la caution profitât seule de la somme dont elle faisoit la remise, on ne peut pas dire en ce cas que la caution ait rien mis pour l'exécution du mandat, *nihil ei abest.*

Il en seroit autrement si le créancier, en faisant la remise, avoit déclaré qu'il la faisoit en faveur de la caution seule, et à la charge qu'elle profiteroit seule de la somme dont il faisoit la remise. La caution auroit en ce cas l'action *mandati contraria*, pour s'en faire rembourser par le mandant : car, en ce cas, il est vrai de dire que la caution a employé à l'acquittement de la dette, et par conséquent à l'exécution du mandat, la somme dont le créancier qui a fait la remise de la dette a voulu lui faire donation. Elle doit donc être remboursée de cette somme par le mandant; autrement, elle perdroit l'effet de la donation que le créancier a voulu lui faire : *Eatenùs abesset fidejussori, quatenùs effectu donationis in ipsum à creditore collatæ privaretur.*

Cette exception, que nous apportons à la décision qu'Ulpien nous a donnée dans la loi 12, est tirée du même Ulpien, lequel, en la loi 10, §. *fin.* ff. *d. tit.*, décide que

la caution a l'action *contraria mandati* pour se faire rembourser de la somme dont le créancier a fait remise, lorsque le créancier l'a faite par un legs qu'il a fait de cette remise à la caution : *Si ei (fidejussori) liberationem legavit; putà*, s'il a dit par son testament : *Je fais remise d'une telle dette qui m'est due par un tel, en faveur d'un tel, sa caution, à qui je fais don et legs de la remise que j'en fais.* La différence qu'Ulpien a mise entre l'espèce de la loi 10, §. *fin.*, et celle de la loi 12, ne peut procéder que de ce que le créancier, en faisant à la caution un legs de la remise qu'il faisoit de la dette, a suffisamment déclaré qu'il vouloit que la caution profitât seule de la somme dont il faisoit la remise; au lieu que les actes entre vifs n'étant pas susceptibles d'une interprétation si étendue que les legs, lorsque le créancier fait remise de sa dette par un acte entre vifs, quoiqu'il paroisse la faire par amitié pour la caution, et pour la gratifier, il ne laisse pas néanmoins d'être censé avoir fait la remise de sa dette à tous ceux qui en sont tenus, sur qui elle doit tomber naturellement. On ne supplée point, dans l'acte portant remise, la clause que la remise n'est faite qu'en faveur de la caution seule, et qu'elle profitera seule de la somme remise, lorsque le créancier ne s'en est point expliqué : mais lorsqu'il est dit expressément que la remise est faite à la charge que la caution profitera seule de la somme remise, on doit donner à la caution l'action *mandati* pour répéter cette somme, de même qu'on la lui donne dans le cas auquel le créancier lui a fait un legs de la remise qu'il faisoit de sa dette, *si ei liberationem legavit.*

Observez qu'outre l'action *mandati*, la caution a encore dans ce cas l'action *ex fideicommisso*, pour répéter la somme dont le créancier a fait remise : car le créancier, l'ayant faite à la charge que la caution profiteroit seule de la somme remise, est censé avoir grevé le débiteur principal du fidéicommis de donner cette somme à la caution. C'est un principe de droit, qu'on peut grever de fidéicommis son débiteur, jusqu'à concurrence de la somme qu'il doit,

et dont on lui a fait, pour cet effet, remise : *A debitore fideicommissum relinqui potest;* l. 77, ff. *leg.* 1°.

Ulpien rapporte encore, en la loi 10, §. *fin.*, un cas dans lequel il décide que la caution a l'action *mandati* pour la somme dont le créancier a fait remise; c'est le cas auquel la remise a été faite par une donation pour cause de mort, qu'il a faite à la caution : *Si mortis causâ accepto tulisset creditor.* Il y a, en ce cas, une raison de plus que dans les espèces précédentes, pour donner à la caution l'action *mandati.* En effet, on peut dire que la caution a payé, en quelque façon, la dette au créancier, par l'obligation qu'elle a contractée envers lui de lui rendre la somme dont il a fait remise, en cas que le créancier survécût, ou changeât de volonté : *Accepisse videtur creditor,* dit Cujas, *quatenùs ei fidejussor se obligavit; et fidejussor videtur solvisse, quatenùs creditor videtur accepisse.*

§. II. Il faut que ce que le mandataire a déboursé, l'ait été *ex causâ mandati.*

74. Le mandataire est censé avoir déboursé *ex causâ mandati*, non seulement la somme qu'il a été principalement et expressément chargé de payer par le mandat, mais généralement tous les déboursés qu'il a été obligé de faire pour l'affaire dont il s'étoit chargé. Par exemple, si quelqu'un, par votre ordre, vous a cautionné pour une certaine somme qu'il a payée pour vous, vous devez le rembourser non seulement de cette somme, mais encore de tous les déboursés qu'il a été obligé de faire; tels que sont le coût de l'acte de cautionnement, le coût du change que vous avez payé pour faire tenir la somme due au lieu où elle étoit payable, etc. : *Si fidejussor multiplicaverit summam in quam fidejussit, sumptibus ex justâ causâ factis, totam eam præstabit is pro quo fidejussit;* l. 45, §. 6, ff. *mand.*

75. Les pertes souffertes par le mandataire, dont l'affaire qui fait l'objet du mandat a été la cause prochaine,

sont aussi censées souffertes *ex causâ mandati*, et doivent en conséquence lui être remboursées. Africain rapporte pour exemple l'espèce d'un mandataire qui a été volé par un esclave que vous lui aviez donné ordre de vous acheter et de conduire chez vous, sans que vous l'ayez averti qu'il étoit voleur; et il décide que vous devez l'indemniser de cette perte, quoique vous ignorassiez qu'il fût voleur : *Etiamsi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominùs tamen damnum decidere cogetur; justissimè enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si mandatum non suscepisset..... æquius esse nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam commodi sui causâ susceperit, damnosum esse;* l. 61, §. 5, ff. *de furtis.*

Cela n'a lieu qu'autant qu'il n'y a aucune faute de la part du mandataire : *Hæc ità puto vera esse, si nulla culpa ipsius qui mandatum susceperit intercedat. Cæterùm si ipse ultrò ei custodiam argenti fortè, vel nummorum commiserit, quùm alioqui nihil unquàm dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est;* d. l. §. 7.

Suivant ces principes, si ayant appris qu'un de mes enfants, qui étoit un jeune débauché, étoit allé chez vous, je vous ai prié de le retenir jusqu'à ce que je l'envoie quérir; si, pendant que, par mon ordre, vous le retenez chez vous, il vous a fait quelque vol ou causé quelque dommage, sans que, par votre faute, vous vous y soyez exposé, c'est une perte que vous êtes censé avoir soufferte *ex causâ mandati*, dont je dois vous indemniser.

En cela un mandataire est semblable à un associé. Nous avons vu en notre *Traité du Contrat de Société, n.* 128, qu'un associé devoit être indemnisé par la société, des pertes que lui avoit causées la gestion d'une affaire de la société, suivant les lois 52, §. 4, 60 et 61, ff. *pro soc.* Par la même raison, un mandataire doit être indemnisé par son mandant, des pertes que lui a causées la gestion de l'affaire dont il s'est chargé par le mandat. Il y a entière parité de raison.

76. Il faut néanmoins avoir une grande attention à distinguer si la perte soufferte par l'associé ou par le mandataire est une perte dont la gestion dont cet associé ou ce mandataire s'est chargé, ait été la cause, ou si c'est une perte dont cette gestion ait été seulement l'occasion ; car si elle n'en a été que l'occasion, il n'en est pas dû d'indemnité au mandataire, non plus qu'à l'associé. C'est ce qu'enseigne Paul : *Non omnia quæ impensurus non fuit (mandatarius) mandatori imputabit, veluti quòd spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque apprehensus quædam erogaverit ; nam hæc magis casibus quàm mandato imputari debent;* l. 26, §. 6, ff. *mand.*

Cette espèce de perte soufferte par un mandataire attaqué et volé dans un voyage qu'il faisoit pour l'affaire dont il s'est chargé, laquelle est rapportée dans cette loi comme une perte dont la gestion de ce mandataire a été simplement l'occasion plutôt que la cause, et dont il ne doit pas par conséquent être indemnisé, est au contraire rapportée dans la loi 52, §. 4, ff. *pro soc.*, comme une perte dont la gestion de l'affaire a été la cause, et dont celui qui l'a soufferte doit être indemnisé. Il est dit dans cette loi : *Quidam sagariam negotiationem coïerunt ; alter ex his ad merces comparandas profectus, in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit ; servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse commune ; ideòque actione pro socio damni partem dimidiam agnoscere debere, tàm pecuniæ quàm rerum cæterarum quas secum non tulisset socius, nisi ad mercedes communi nomine comparandas proficisceretur ; sed et si quid in medicos impensum est socium, agnoscere debere, etc.*

Pour concilier ces deux lois, je crois qu'on doit supposer que, dans l'espèce de la loi 52, §. 4, ff. *pro soc.*, le lieu où l'associé a été attaqué et volé, étoit un lieu infesté de voleurs, et dangereux, par lequel l'associé ne se seroit pas exposé de passer, s'il n'eût été obligé d'y

passer pour l'affaire dont il s'étoit chargé. En ce cas, le risque qu'il y avoit à courir de passer par ce chemin, étoit un risque dépendant de la gestion de l'affaire dont il s'étoit chargé. C'est cette gestion qui est la cause pour laquelle il s'étoit exposé à ce risque, auquel il ne se seroit pas exposé sans cela; et elle est par conséquent la cause de la perte et du dommage qu'il a soufferts pour s'y être exposé : il en doit donc être indemnisé, comme d'une perte qu'il a soufferte pour la gestion dont il s'est chargé.

Au contraire il faut supposer, dans l'espèce de la loi 26, §. 6, ff. *mand.*, que le lieu où le mandataire a été attaqué et volé en faisant le voyage qu'il étoit obligé de faire pour la gestion de l'affaire dont il s'étoit chargé, étoit un lieu par lequel il n'y avoit pas plus de risque à passer, qu'il n'y en a à passer dans tous les autres lieux par lesquels il a coutume de passer pour ses propres affaires. N'y ayant pas plus de risque à courir en passant par le lieu par où la gestion de l'affaire dont il s'est chargé l'obligeoit de passer, qu'à passer par tout autre lieu, on ne peut pas dire qu'en se chargeant de la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, il se soit exposé à aucun risque qui fût une dépendance de cette gestion, ni par conséquent que cette gestion soit la cause de l'accident qui lui est arrivé; elle n'est que l'occasion de cet accident, qui pouvoit également arriver par-tout ailleurs. : *Hoc magis casibus imputari oportet; d.* l. 26.

Observez néanmoins que, dans ce cas, lorsque le mandataire qui a été blessé et volé dans le voyage qu'il faisoit pour l'exécution du mandat, est un pauvre homme qui a été chargé de ce mandat par un homme riche, quoiqu'il n'y ait pas de la part du mandant une *obligation parfaite* d'indemniser le mandataire de cette perte, il est néanmoins de l'humanité et de la bienséance qu'il l'en indemnise.

On doit faire la même distinction pour le cas du naufrage. S'il est arrivé dans un trajet de rivière que le mandataire avoit coutume de faire pour ses propres affaires,

on ne peut pas dire en ce cas que la gestion dont il s'est chargé soit la cause de la perte qu'il a soufferte par ce naufrage; elle n'en est que l'occasion : *Hoc casibus imputari oportet.* Mais si le naufrage est arrivé dans le cours d'une navigation aux risques de laquelle il s'est exposé pour la gestion de l'affaire dont il s'est chargé, et auxquels il n'auroit pas été exposé sans cela, c'est en ce cas cette gestion qui doit être regardée comme la cause de la perte qu'il a soufferte; et il en doit être indemnisé.

Observez que, dans le cas auquel la gestion d'une affaire dont un mandataire ou un associé s'est chargé, peut passer pour la cause de la perte que ce mandataire ou cet associé a soufferte par des voleurs ou par un naufrage dans le cours d'un voyage qu'il faisoit pour l'affaire dont il s'étoit chargé, elle ne l'est que jusqu'à concurrence de ce qu'il a été obligé de porter avec lui pour son voyage; s'il a porté avec lui beaucoup d'autres choses qui ne lui étoient pas nécessaires pour ce voyage, il n'est pas fondé à demander d'en être indemnisé. Voyez notre *Traité du Contrat de Société*, n. 129.

77. On fait une autre question, qui est de savoir si la gestion du mandat ayant tellement pris tout le temps du mandataire, qu'il n'a pas eu le loisir de vaquer à ses propres affaires, il est fondé à demander à être indemnisé de la perte qu'il a soufferte dans ses affaires, faute d'avoir eu le loisir d'y vaquer. La raison de douter est que la gestion du mandat, n'ayant pas laissé au mandataire le loisir de vaquer à ses propres affaires, paroît être la cause de la perte qu'il a soufferte. Je pense néanmoins qu'il n'est pas fondé à prétendre cette indemnité. Ce n'est pas tant la gestion du mandat *in se*, que la témérité qu'il a eue de se charger d'une gestion qu'il n'avoit pas le loisir de faire, qui lui a causé cette perte. Il devoit, avant que de s'en charger, examiner s'il en avoit le loisir : c'est sa faute s'il s'en est chargé sans en avoir le loisir; le mandant auroit pu trouver, s'il ne s'en fût pas chargé, un autre mandataire

qui eût eu plus de loisir, ou il auroit pu faire cette gestion par lui-même.

§. III. Il faut que ce ne soit pas la faute du mandataire qui ait donné lieu aux déboursés qu'il a faits pour sa gestion.

78. Voyez des exemples de ce principe dans notre *Traité des Obligations, part.* 2, *chap.* 6, *sect.* 7, *art.* 1, §. 3, à l'égard des cautions.

De même que le mandataire ne doit pas être remboursé des déboursés qu'il a faits pour le mandant par sa faute, pouvant se dispenser de les faire; de même, lorsque par sa faute il a déboursé trop, pouvant exécuter le mandat à moindres frais, il n'en doit être remboursé que jusqu'à concurrence de ce qu'il suffisoit de débourser.

Par exemple, si celui qui, par votre ordre, s'est rendu caution d'une certaine quantité de froment, a acquitté cette dette avec du froment de la meilleure espèce, quoiqu'il eût pu l'acquitter avec du froment d'une espèce inférieure et moins chère, il ne doit être remboursé que sur le pied de la valeur de l'espèce inférieure de froment avec laquelle il pouvoit acquitter la dette : *Fidejussorem, si sine adjectione bonitatis tritici, pro altero triticum spopondit; quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo : à reo autem non aliud triticum repetere poterit, quàm quo pessimo tritico liberare se à stipulatore potuit;* l. 52, ff. *mand.*

Mais lorsque le mandataire n'a pu faire mieux; par exemple, si, dans l'espèce proposée, il n'a pu acquitter le cautionnement qu'avec du froment de l'espèce la plus précieuse, *putà*, parcequ'il n'en avoit pas d'autre, on ne peut lui rien imputer; et ses déboursés ne peuvent souffrir un retranchement, quand même le mandant ou un autre mandataire auroit pu exécuter le mandat à moindres frais : *Impendia mandati exequendi gratiâ facta, si bonâ fide facta sunt, restitui omninò debent; nec ad rem pertinet, quòd is qui mandasset, potuisset, si ipse negotium gereret, minùs impendere;* l. 26, §. 4, ff. *mand.*

79. Le mandant doit rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits pour l'affaire dont il l'a chargé, quoique l'affaire ait eu un mauvais succès, pourvu que ce ne soit pas par la faute du mandataire : *Etiamsi contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil tuâ culpâ factum est, sumptus quos in litem probabili ratione feceras, contrariâ mandati actione petere potes;* l. 1, *cod. mand.*

Par la même raison, quoique le mandataire n'ait pu mettre à chef l'affaire dont il s'est chargé, pourvu que ce soit sans sa faute, il ne laisse pas de devoir être remboursé de ses déboursés : *Sumptus bonâ fide necessariò factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est;* l. 56, §. 4, ff. *mand.*

ARTICLE II.

De l'obligation que contracte le mandant, de procurer au mandataire la décharge des obligations que ce mandataire a contractées pour l'exécution du mandat.

80. Le mandant doit indemniser entièrement le mandataire de la gestion de l'affaire dont il a bien voulu se charger. Cette indemnité ne consiste pas seulement à rembourser le mandataire des déboursés qu'il a faits; il faut, pour que l'indemnité soit entière, qu'il soit déchargé des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat. Le mandant est donc obligé, *obligatione contrariâ mandati*, de lui procurer cette décharge, pourvu que le mandataire ait été obligé de contracter ces obligations pour la gestion de l'affaire qui faisoit l'objet du mandat, et sans qu'il y ait aucune faute de sa part.

Le mandant peut s'acquitter de cette obligation, de deux manières; ou, 1° en rapportant au mandataire un acte par lequel le créancier envers qui le mandataire s'est obligé déclare qu'il décharge le mandataire, et qu'il accepte le mandant pour seul débiteur en sa place; ou, 2° en payant la dette.

Lorsque le mandant ne peut pas procurer de la première manière au mandataire la décharge des obligations qu'il a contractées, parce que les créanciers ne veulent pas décharger le mandataire, le mandant est obligé de la lui procurer de la seconde manière, c'est-à-dire, en payant la dette que le mandataire a contractée pour la gestion du mandat.

Ces principes sont conformes à la décision de Paul : *Si mandato meo fundum emeris, utrùm quùm pretium dederis ages mecum mandati, an et antequàm des? Et rectè dicitur, in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem quæ adversùs te venditori competit;* l. 45, ff. *mand.*

Est æquum, (nous dit le même Paul), *sicut mandante aliquo actionem nancti, cogimur eam præstare judicio mandati; ità ex eâdem causâ obligatos, habere mandati actionem, ut liberemur; d.* l. 45, §. 5.

81. Il suffit que le mandataire ait contracté l'obligation pour l'affaire dont il s'est chargé, et que cette affaire l'exigeât, pour que le mandant soit tenu de l'en indemniser, quand même, par quelque accident survenu, il n'en auroit pas profité.

Par exemple, si j'ai fait un emprunt pour la gestion d'une affaire dont vous m'avez chargé, avec déclaration que j'ai fait cet emprunt pour la gestion de votre affaire, pour laquelle il y avoit de grosses avances à faire; si, depuis que j'ai fait cet emprunt, avant que j'aie pu employer la somme à votre affaire, cette somme, par un accident de force majeure, m'a été volée; quoique je ne l'aie pas employée à votre affaire, et que vous n'ayez pas profité de l'emprunt, vous ne laisserez pas d'être tenu de m'en indemniser : *Si procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpâ eam perdiderit, rectè eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum;* l. 17, ff. *de in rem verso.*

ARTICLE III.

De l'action qui naît des obligations du mandant.

82. Des obligations du mandant naît l'action *contraria mandati*, qu'a le mandataire contre le mandant, pour se faire rembourser des déboursés qu'il a faits, et se faire décharger des obligations qu'il a contractées pour l'exécution du mandat.

Lorsque le mandataire a été chargé du mandat par plusieurs personnes, il peut intenter cette action solidairement contre chacun des mandants : *Paulus respondit unum ex his mandatoribus in solidum elegi posse, etiamsi non sit concessum in mandato;* l. 59, §. 3.

Despeisses est d'avis contraire, et il se fonde sur ce que Paul ajoute : *Post condemnationem autem in duorum personam collatam, necessariò ex causâ judicati singulos pro parte dimidiâ convenire posse et debere.* Cela ne dit pas qu'ils ne soient pas tenus solidairement : mais quoiqu'ils soient tenus solidairement, néanmoins s'il n'est pas porté par la sentence de condamnation rendue contre les deux, qu'ils sont condamnés solidairement, la condamnation ne pourra pas s'exécuter solidairement, parcequ'e la solidité doit être exprimée par la sentence.

Au reste, lorsqu'il y a plusieurs *mandatores pecuniæ credendæ*, ils ont l'exception de division, à l'instar des cautions; mais cette exception doit être opposée.

Quand même l'affaire ne concerneroit que l'un des deux mandants, chacun d'eux ne laisse pas d'être tenu de cette action : *Si secundùm mandatum Triphonis et Felicis, equos tuâ pecuniâ comparatos, uni de his utriusque voluntate dedisti, ad parendum placitis eos mandati judicio conventos bona fides urget;* l. 14, *cod. mand.*

83. Cette action ne peut avoir lieu que contre le mandant ou ses héritiers : c'est pourquoi, quoique ce soit votre affaire que j'ai gérée, si ce n'est pas de votre ordre, mais de l'ordre de Pierre, que je l'ai gérée, ce n'est pas

contre vous que j'ai l'action *contraria mandati*, ce n'est que contre Pierre, mon mandant, que j'ai cette action : *Quùm mandato alieno pro te fidejusserim, non possum adversùs te habere actionem mandati;* l. 21, ff. *mand.*

Néanmoins Pierre ayant action contre vous pour l'indemniser de l'action que j'ai contre lui, afin que je sois remboursé des déboursés que j'ai faits dans votre affaire, je serai reçu, non pas de mon chef, *et ex propriâ personâ*, mais comme exerçant à cet égard les droits de Pierre, mon mandant et mon débiteur, à vous demander, *omisso circuitu*, le remboursement de mes déboursés, dont vous êtes tenu envers Pierre, et dont Pierre est tenu envers moi.

84. Le mandataire peut ordinairement intenter l'action *contraria mandati* contre le mandant, aussitôt qu'il a fait des déboursés, ou qu'il a contracté des obligations pour l'exécution du mandat.

Néanmoins, lorsque l'objet principal du mandat étoit que le mandataire subît un cautionnement pour le mandant, le mandataire qui a subi ce cautionnement ne peut ordinairement exercer l'action *contraria mandati* qu'après qu'il a payé, ou qu'il est poursuivi pour le paiement, si ce n'est en certains cas, sur lesquels voyez notre *Traité des Obligations, part.* 2, *chap.* 6, *sect.* 7, *art.* 2 *et* 3.

La raison est tirée de la nature particulière de ce mandat, qui a pour fin de procurer au mandant du crédit et du temps pour acquitter la dette pour laquelle il se fait cautionner : l'office que lui rend le mandataire dans ce cas, lui seroit préjudiciable, au lieu d'être un bon office, si ce mandataire pouvoit le poursuivre incontinent pour le contraindre à payer le créancier, afin d'être déchargé de son cautionnement.

85. Le mandant n'est pas reçu, pour se défendre de l'action *mandati*, à offrir d'abandonner au mandataire tout ce qui est provenu de l'affaire qui a fait l'objet du mandat : *Si mihi mandaveris ut rem tibi aliquam emam... impendi aliquid bonâ fide ad emptionem rei, erit con-*

traria mandati actio (1), *etsi rem emptam nolis recipere; simili modo, et si quid aliud mandaveris, et in id sumptum fecero;* l. 12, §. 9, ff. *mand.*

86. Le mandataire a, pour cette action, une hypothèque sur les biens du mandant, lorsque la procuration est par un acte devant notaires.

A-t-elle lieu du jour de la date de la procuration ? Non : cette hypothèque ne peut être acquise au mandataire que depuis qu'il a accepté la procuration, et même que depuis qu'il a commencé la gestion par quelque déboursé, ou par quelque obligation qu'il a contractée pour cette affaire.

Il est évident qu'elle ne peut naître avant l'acceptation de la procuration; car le droit d'hypothèque à une obligation étant un droit accessoire à l'obligation, l'hypothèque ne peut pas naître avant l'obligation. Or l'obligation que le mandant contracte envers le mandataire, qui naît du contrat de mandat, ne peut pas naître avant qu'il y ait un contrat de mandat, qui ne se forme que par l'acceptation que fait le mandataire de la procuration, puisqu'il ne peut y avoir de contrat que par le concours des volontés des deux parties contractantes : il est donc évident que les biens du mandant ne peuvent être hypothéqués à l'obligation qu'il contracte envers le mandataire, avant l'acceptation de la procuration.

Il y a plus : je dis qu'elle ne peut naître que depuis que le mandataire a commencé sa gestion; car ce n'est que de ce temps que commence l'obligation du mandant, et par conséquent l'hypothèque qui accède à cette obligation. On ne peut pas dire avant cela, que le mandant soit obligé, puisqu'il dépend absolument de lui de ne l'être pas, en révoquant sa procuration. C'est suivant ce principe que Gaïus dit : *Potior est in pignore qui credidit pecuniam, et accepit hypothecam, quamvis cum alio antè convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licèt ab hoc posteà accepit : poterat enim, licèt*

(1) *Ita legendum*, au lieu d'*aut si*, qui est une mauvaise leçon.

antè convenit, non accipere ab eo pecuniam ; l. 11, ff. *Qui pot. in pign.*

Pour soutenir que l'hypothèque doit commencer du jour de l'acceptation de la procuration, et avant la gestion, on dit que la loi opposée décide seulement que l'obligation *ex mutuo*, qui naît du contrat de prêt, n'ayant pu naître avant le contrat de prêt, l'hypothèque, qui en est l'accessoire, n'a pu naître plus tôt. Mais le contrat de mandat étant formé par l'acceptation de la procuration, il semble que l'obligation du mandant envers le mandataire, qui naît de ce contrat, doit être censée née du jour de cette acceptation, aussi bien que l'hypothèque.

La réponse est, qu'il est bien vrai que c'est le contrat de mandat qui produit l'obligation du mandant envers le mandataire : mais il ne la produit pas d'abord; il ne la produit qu'*ex post facto*, lorsque le mandataire fait des déboursés, ou contracte des obligations en exécution du mandat; et c'est pour cela qu'elle est appelée *obligatio mandati contraria ex post facto superveniens.* Avant cela, il n'y a pas d'obligation du mandant, pas même d'obligation conditionnelle, puisqu'il est entièrement en son pouvoir de n'en pas contracter, en révoquant son mandat. Qu'on ne dise pas que celle qu'il contracte lors de la gestion du mandat, a un effet rétroactif au temps que se forme le contrat qui la produit; car on ne peut lui donner un effet rétroactif au préjudice d'autres hypothèques acquises à des tiers dans le temps intermédiaire.

Quand même la procuration ne seroit pas passée par un acte devant notaires, le mandataire qui, en exécution de la procuration, a déboursé des sommes pour réparer et conserver un héritage du mandant, a sur cet héritage une hypothèque privilégiée, qui doit le faire préférer, sur le prix de cet héritage, à tous les autres créanciers qui y ont des hypothèques; car il a fait le bien commun de tous ces créanciers, en faisant réparer cet héritage. C'est sur cette raison qu'est fondée la décision des lois 5 et 6, ff. *Qui pot. in pign.*

C'est sur semblable raison que sont fondés les arrêts des parlements de Dauphiné et de Bourgogne, cités par Despeisses, qui, dans le cas d'un mandataire qui avoit payé de ses deniers le prix d'un héritage qu'il avoit acheté pour le mandant, lui ont donné une hypothèque privilégiée pour être remboursé de ce prix : *Nam suo sumptu fecit, ut res in bonis debitoris esset.*

SECTION II.

Des obligations que le mandant contracte envers les tiers avec lesquels son mandataire contracte, en exécution du mandat.

87. Lorsque le mandataire, en exécution du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, a fait quelques contrats avec des tiers; s'il n'est intervenu dans ces contrats qu'en qualité de *mandataire*, ou de *procureur*, ou de *fondé de procuration* d'un tel, son mandant, c'est en ce cas le mandant qui est censé contracter par son ministère, et qui s'oblige envers les personnes avec lesquelles son mandataire a contracté en cette qualité. Le mandataire, en ce cas, ne contracte aucune obligation envers les personnes avec lesquelles il contracte en cette qualité, parceque ce n'est pas lui qui est censé contracter; il ne fait qu'interposer son ministère, par lequel le mandant est censé contracter.

88. Quoique ce soit pour l'affaire qui fait l'objet du mandat, et en se renfermant dans les bornes du mandat, que le mandataire a fait quelques contrats avec des tiers; lorsque c'est en son propre nom qu'il a contracté, et non pas en sa seule qualité de *mandataire d'un tel*, *procureur* ou *fondé de procuration d'un tel*, c'est en ce cas le mandataire qui s'oblige envers ceux avec lesquels il a contracté; c'est lui qui se rend leur débiteur principal. Mais il oblige conjointement avec lui son mandant, pour l'affaire duquel il paroît que le contrat se fait : le mandant, en ce cas, est censé accéder à toutes les obligations que le mandataire contracte pour son affaire; et de cette obligation accessoire du mandant naît une action qu'on appelle *utilis ins-*

titoria, qu'ont contre le mandant ceux avec lesquels le mandataire a contracté pour l'affaire du mandant : *Si quis pecuniæ fœnerandæ, agro colendo, condendis vendendisque frugibus præpositus est; ex eo nomine quod cum illo contractum est, in solidum fundi dominus obligabitur;* Paul, *Sent.* 11, 8, 2.

89. Observez que, pour que le mandataire oblige le mandant envers celui avec qui il contracte, il suffit que le contrat qu'il a fait avec lui paroisse renfermé dans la procuration qu'il lui a fait apparoir, quoique ce mandataire, par des raisons inconnues à celui avec qui il a contracté, ait, en contractant, excédé les bornes de son pouvoir, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, *n.* 79.

C'est pourquoi si mon mandataire, à qui j'ai donné procuration d'emprunter pour moi 300 livres, après avoir, en vertu de cette procuration, emprunté cette somme d'un premier prêteur, emprunte en mon nom pareille somme d'un second prêteur en vertu de ma procuration qu'il lui exhibe, il m'oblige envers ce second prêteur, qui ne savoit pas qu'il eût déjà emprunté cette somme d'un premier prêteur, et qu'il excédoit son pouvoir en faisant le second emprunt.

Voyez sur cette obligation notre *Traité des Obligations*, *part.* 2, *ch.* 6, *sect.* 8, *art.* 2.

SECTION III.

Quand le mandataire est-il censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, et quand paroît-il en être sorti ?

90. L'obligation que le mandant contracte par le contrat de mandat envers le mandataire étant, suivant la définition que nous en avons donnée *suprà*, *n.* 67, l'obligation de l'indemniser de *la gestion du mandat*, il s'ensuit que, pour que le mandant contracte cette obligation, il faut que le mandataire se soit exactement renfermé dans les bornes du mandat; car s'il s'en est écarté, sa gestion n'est plus la gestion du mandat, ni par conséquent celle pour laquelle le mandant s'est obligé de l'indemniser. C'est ce qui a fait

dire à Paul : *Diligenter fines mandati custodiendi sunt; nam qui excessit, aliud quid facere videtur;* l. 5, ff. *mand.*

Ce n'est pareillement que dans le cas auquel le mandataire se renferme dans les bornes du mandat, que le mandant peut être censé contracter, par le ministère du mandataire, avec ceux avec lesquels le mandataire contracte, et qu'il s'oblige envers eux. Si le mandataire est sorti des bornes du mandat, le mandant peut désapprouver les contrats, quoique faits en son nom, et les laisser pour le compte du mandataire.

Il est donc nécessaire de savoir quand le mandataire doit paroître s'être renfermé dans les bornes du mandat, et quand il doit paroître en être sorti.

On peut dire en général, que le mandataire est censé s'être renfermé dans les bornes du mandat, lorsqu'il a fait précisement la même affaire dont il a été chargé par le mandant, aux conditions prescrites par le mandat, et à plus forte raison, lorsqu'il l'a faite à de meilleures conditions.

Pour développer davantage ce principe, on peut distinguer huit cas.

PREMIER CAS.

Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire portée par le mandat, sans que le mandant lui eût prescrit aucune condition dont il se soit écarté.

91. Il est évident que, dans ce premier cas, le mandataire n'est point sorti des bornes du mandat, et qu'il s'y est renfermé.

On peut rapporter pour exemple le cas auquel le mandant auroit chargé le mandataire de lui acheter un certain héritage, sans lui limiter le prix. Le mandataire en ce cas, en achetant cet héritage pour le compte du mandant, quel que soit le prix pour lequel il l'achète, est dans les bornes du mandat, et il ne peut paroître s'en être écarté : *Si mandavi tibi ut aliquam rem mihi emeres, nec de pretio quicquam statui, tuque emisti, utrinque actio*

nascitur; l. 3, §. 1, ff. *mand.;* pourvu néanmoins que le prix pour lequel il l'a acheté, ne soit pas un prix immense, au-dessus du plus haut point du juste prix; car la condition de ne pas excéder le juste prix doit toujours être sous-entendue dans le mandat d'acheter.

SECOND CAS.

Lorsque le mandataire a fait précisément la même affaire dont il a été chargé par le mandat, et à des conditions plus avantageuses que celles prescrites par le mandat.

92. Il est encore évident que le mandataire ne peut paroître, en ce cas, être sorti des bornes du mandat. Par exemple, *Si quùm tibi mandassem ut Stichum decem emeres, tu eum minoris emeris; vel tantidem, et ut aliud quicquam servo accederet; utroque enim casu, aut non ultrà pretium, aut intrà pretium fecisti;* l. 5, §. 5, ff. *mand.*

Le mandataire oblige donc en ce cas le mandant : il ne sort point des bornes du mandat; il fait l'affaire conformément aux conditions qui lui sont prescrites par le mandant : car, dans le cas proposé pour exemple, lorsque le mandat porte d'acheter pour un certain prix, il est naturel de sous-entendre dans le mandat, *ou pour moins, s'il est possible.*

TROISIÈME CAS.

Lorsque le mandataire a fait l'affaire dont il a été chargé, mais à des conditions plus dures que celles qui lui ont été prescrites par le mandat.

93. Il est évident que dans ce cas le mandataire est sorti des bornes du mandat, en ne se conformant pas aux conditions qui lui étoient prescrites par le mandat. C'est pourquoi il est au choix du mandant, en ce cas, d'approuver ou de ne pas approuver ce qui a été fait par le mandataire; et s'il ne juge pas à propos de l'approuver, il ne contracte aucune obligation, ni envers son mandataire, ni envers ceux avec lesquels son mandataire a contracté, quoiqu'il ait contracté au nom du mandant.

Par exemple, si je vous ai chargé d'acheter pour moi une certaine chose pour une certaine somme limitée par la procuration, et que vous l'ayez achetée pour une plus grande somme, je puis vous laisser le marché pour votre compte, quoique vous l'ayez fait en mon nom; et je ne contracte aucune obligation, ni envers vous, ni envers le vendeur.

94. Au moins ne pouvez-vous pas être reçu à m'obliger de prendre le marché, en offrant de prendre pour votre compte, et de m'indemniser de ce qu'il en doit coûter de plus que si le marché eût été fait suivant les conditions de la procuration? Les jurisconsultes romains ont été partagés sur cette question. Le sentiment le plus équitable, et qui a prévalu, est que le mandataire doit être reçu à faire ces offres; on ne fait aucun tort au mandant : *Si ego pretium statui, tuque pluris emisti; quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere; namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi verò si velit mecum esse : sed Proculus rectè eum usque ad pretium statutum acturum existimat : quæ sententia sanè benignior est;* l. 3, §. fin.; l. 4, *d. tit.*

Observez que la loi suppose en ce cas pour constant, que lorsque mon mandataire n'a pu acheter la chose que pour un prix plus cher que celui porté par la procuration, je ne puis pas le forcer à me donner la chose pour le prix porté par ma procuration : il faut, si je veux l'avoir, que je la lui paie le prix qu'elle lui a coûté. D'où les Sabiniens concluaient que, puisque je n'ai pas d'action contre mon mandataire pour l'obliger à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, il n'en doit pas avoir contre moi pour m'obliger à la prendre pour ce prix. Cet argument des Sabiniens ne vaut rien. Je ferois une injustice, si j'obligeois mon mandataire à me donner la chose pour le prix porté par la procuration, lorsqu'elle lui coûte plus cher : au contraire, mon mandataire ne se fait aucun tort, en m'obligeant de prendre la chose pour le prix

porté par la procuration, et en se chargeant lui-même, en pure perte pour lui, de ce qu'il l'a achetée de plus.

Suivant le même principe, lorsque j'ai donné procuration à mon mandataire de me vendre une chose pour la somme de 100 livres, et que, n'en ayant pu trouver que 98 livres, il a cru faire pour le mieux en la vendant 98 livres; si je ne veux pas tenir le marché, mon mandataire, pour éviter l'action de garantie qu'auroit l'acheteur contre lui, peut, en m'offrant de suppléer les quarante sous qui manquent au prix porté par ma procuration, m'obliger à tenir le marché.

Paul apporte un autre exemple : *Si mandavero tibi ut pro me in diem fidejubeas, tuque purè fidejusseris et solveris, utiliùs respondebitur, interìm non esse tibi mandati actionem, sed quùm dies venerit;* l. 22, ff. *d. tit.*

QUATRIÈME CAS.

Lorsque le mandataire a fait une partie de ce qui est porté par le mandat.

95. Le mandataire en ce cas n'est point sorti des bornes du mandat; il l'a exécuté pour une partie, et il oblige pour cette partie le mandant. Par exemple, *Rogatus ut fidejuberet, si in minorem summam se obligavit, rectè tenetur ei* (*mandator contrariâ actione mandati usque ad eam summam*); l. 33, ff. *mand.*

Néanmoins s'il paroissoit, par la nature de l'affaire, que l'intention du mandant étoit qu'elle ne dût se faire que pour le total, le mandataire qui l'auroit faite pour partie ne seroit pas censé avoir exécuté en rien le mandat, et le mandant ne seroit obligé en rien.

Par exemple, si je vous ai donné procuration pour m'acheter un certain héritage, et que vous ne m'en ayez acheté qu'une partie, vous n'êtes pas censé avoir exécuté pour partie mon mandat; vous en avez excédé les bornes, et je puis désavouer l'achat que vous avez fait en mon nom d'une partie de cet héritage : car celui qui veut acheter un héritage ne veut pas en acheter seulement une partie; et

l'achat que je vous ai donné ordre de faire pour moi étoit l'achat du total de l'héritage, et non l'achat d'une partie.

Cela souffre exception dans le cas auquel l'héritage que le mandant a donné ordre d'acheter, étoit, lors du mandat, exposé en vente par parties, par les différents propriétaires de cet héritage, qui proposoient séparément à vendre les parts qu'ils y avoient. Le mandant, en ce cas, en donnant ordre à son mandataire de lui acheter cet héritage, qui étoit à vendre par parties, est censé lui avoir donné ordre de l'acheter par parties; à moins qu'il n'y ait dans ce cas une clause expresse dans le mandat, que le mandant n'entend acheter l'héritage que pour le total.

C'est ce que décide Javolenus : *Si fundum qui per partes venit emendum tibi mandassem; sed ita* (par une clause expresse) *ut non aliter mandato tenear quàm si totum fundum emeres..... evenit ut is cui tale mandatum datum est, periculo suo interìm partes emat, et nisi totum emat, ingratus eas retineat..... Quòd si mandassem tibi ut fundum (hunc qui per partes vænit) mihi emeres, non addito eo ut non aliter mandato tenear quàm si totum emeres; et tu partem, vel quasdam partes ejus emeris, tunc habebimus sine dubio invicem mandati actionem, quamvìs aliquas partes emere non potuisses;* l. 36, §. 2 et 3, ff. *mand.*

CINQUIÈME CAS.

Lorsque le mandataire a fait ce dont il étoit chargé par le mandat, et quelque chose de plus.

96. Le mandataire en ce cas est censé avoir exécuté le mandat, et il oblige le mandant jusqu'à concurrence de ce qui est porté par le mandat. Il n'est censé avoir excédé les bornes du mandat que pour ce qu'il a fait de plus; et ce n'est que pour ce qu'il a fait de plus qu'il n'oblige pas le mandant. C'est ce qui paroîtra par cet exemple : *Julianus putat eum qui in majorem summam quam rogatus erat, fidejussisset, hactenùs mandati actionem habere, quatenùs rogatus esset; quia id fecisset quod mandatum*

ei est; nam usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem ejus spectasse videtur qui rogavit; l. 33, ff. *d. tit.*

SIXIÈME CAS.

Lorsque le mandataire a fait une autre affaire que celle portée par le mandat.

97. Il est évident que le mandataire est en ce cas sorti des bornes du mandat, et qu'il n'oblige pas le mandant, si le mandant ne juge pas à propos de ratifier ce qui a été fait, quoiqu'en son nom.

Cela a lieu, quand même l'affaire que le mandataire auroit faite pour l'autre seroit beaucoup plus avantageuse au mandant que celle portée par le mandat. Par exemple, si je vous ai donné ordre de m'acheter la maison de Pierre pour un certain prix, et que vous m'en ayez acheté une autre, quoique plus belle, au même prix, ou à meilleur marché, je ne suis pas obligé de ratifier ce marché, parceque vous avez fait autre chose que ce qui étoit porté par mon mandat : *Si mandavero tibi ut domum Seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longè majoris pretii, centum tamen, aut etiam minoris, non videris implesse mandatum;* l. 5, §. 2.

98. Lorsqu'une affaire peut se faire également de deux ou plusieurs manières différentes, le mandataire n'est pas censé être sorti des bornes du mandat, et avoir fait autre chose que ce dont il étoit chargé, quoiqu'il ait fait cette affaire d'une manière différente de celle portée par le mandat, mais également avantageuse au mandant. C'est ce qu'enseigne Paul : *Commodissimè illa forma in mandatis servanda est, ut quoties certum mandatum sit* (c'est-à-dire, toutes les fois que l'objet du mandat est une affaire qui ne peut se faire que d'une certaine manière), *recedi à formâ non debeat : at quoties incertum vel plurium* CAUSARUM (c'est-à-dire, une affaire qui peut se faire de plusieurs manières), *tunc licèt aliis præstationibus exsoluta sit causa mandati, quàm quæ ipso mandato ine-*

rant, si tamen hoc mandatori expedierit, erit mandati actio; l. 46, ff. *d. tit.*

On peut apporter pour exemple le cas auquel je vous aurois chargé de payer à mon créancier une certaine somme que je lui devois. L'affaire qui fait l'objet de ce mandat est l'acquittement de ma dette. Quoique vous n'ayez pas fait un paiement réel de ma dette, qui étoit la manière de l'acquitter portée par le mandat; néanmoins, si vous l'avez acquittée d'une autre manière en me faisant décharger de cette dette par mon créancier, qui vous a accepté pour son débiteur en ma place, vous aurez rempli mon mandat, quoique d'une manière différente de celle exprimée par mon mandat; et vous n'avez pas moins action contre moi pour vous indemniser, que si vous aviez fait un paiement réel de ma dette; car il m'est indifférent que je sois déchargé de ma dette de cette manière, ou par un paiement réel que vous auriez fait : *Si mandavero tibi ut creditori meo solvas, tuque expromiseris, et ex eâ causâ damnatus sis; humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere;* l. 45, §. 4, ff. *mand.*

SEPTIÈME CAS.

Lorsque le mandataire a fait, non par lui-même, mais par une personne qu'il s'est substituée, l'affaire dont il étoit chargé, quoiqu'il n'eût pas le pouvoir de substituer un autre pour la faire.

99. Il est évident que le mandataire, en ce cas, a excédé les bornes du mandat, et que ce qui a été fait n'oblige pas le mandant, s'il ne juge pas à propos de le ratifier.

La seule question qui peut faire difficulté, est de savoir si, lorsque la procuration ne permet expressément, ni ne défend expressément au mandataire de substituer une autre personne pour faire à sa place l'affaire dont il est chargé, ce pouvoir doit être présumé lui être accordé par la procuration. La décision de la question me paroît dépendre de la nature de l'affaire qui fait l'objet du mandat. Si l'affaire est de nature que sa gestion demande une certaine prudence, une certaine habileté, on ne doit pas présumer que le man-

dant, qui en a confié la gestion au mandataire par la confiance qu'il avoit en sa prudence et en son habileté, ait voulu lui permettre de substituer un autre pour la faire. Par exemple, si j'ai donné procuration à un avocat pour transiger avec une partie avec qui je suis en procès, à telles conditions qu'il jugera à propos, on ne doit pas présumer que j'aie voulu lui permettre de substituer une autre personne pour faire cette transaction. Mais si l'affaire qui fait l'objet du mandat ne requiert aucune habileté pour la faire, et qu'il soit indifférent au mandant par qui elle soit faite, le mandant doit en ce cas être présumé avoir laissé à son mandataire le pouvoir de substituer un autre pour la faire. Par exemple, si vous m'avez chargé de vous acheter, à Paris, un certain livre dont le prix est réglé; quoique, n'ayant pas eu le loisir d'aller chez le libraire, je vous l'aie fait acheter par un autre, vous ne pouvez pas désapprouver l'emplette, sur le prétexte que je n'ai pas exécuté moi-même votre mandat; car, vous ayant été indifférent par qui ce livre fût acheté, vous êtes présumé m'avoir permis de substituer qui je voudrois pour exécuter votre mandat.

HUITIÈME CAS.

Lorsqu'un mandataire a fait seul ce qu'il étoit chargé de faire conjointement avec un autre, ou par le conseil d'un autre.

Il est évident qu'en ce cas le mandataire a excédé son pouvoir, et que ce qu'il a fait n'oblige pas le mandant.

La seule chose qui peut faire question, est de savoir si, lorsque quelqu'un a donné procuration à deux personnes, il doit être présumé avoir voulu que la gestion de l'affaire ne pût se faire que par les deux conjointement, ou avoir voulu qu'elle pût se faire par l'une ou par l'autre, lorsqu'il ne s'en est pas expliqué. Je crois que cela doit se décider par les circonstances, par la nature et par l'importance des affaires qui font l'objet de la procuration.

Lorsque l'affaire qui fait l'objet de la procuration est une affaire importante dont la gestion demande beaucoup de

prudence et de réflexion, il y a lieu de présumer en ce cas que la volonté du mandant a été qu'elle fût gérée par les deux mandataires conjointement. Hors ce cas, je pense qu'on doit facilement présumer que le mandant a voulu que chacun de ses mandataires pût, sans l'autre, faire les affaires portées par la procuration, à l'égard desquelles il auroit prévenu l'autre.

Lorsque la procuration prescrit au mandataire de prendre le conseil d'une certaine personne, il excède son pouvoir s'il ne le prend pas. Si la personne qui a été nommée pour conseil venoit à mourir, le mandataire devroit surseoir à la gestion de l'affaire jusqu'à ce que le mandant lui eût nommé un autre conseil, ou lui eût déclaré qu'il le dispensoit de s'assister de conseil.

OBSERVATION GÉNÉRALE.

Dans tous les cas auxquels nous avons dit qu'un mandataire excédoit les bornes du mandat, si ce qu'il a fait outre, ou même contre la teneur de ce qui est porté par la procuration, a été fait au vu et su du mandant, qui l'a souffert, ce qu'il a fait doit être jugé valable, et doit obliger le mandant tant envers le mandataire qu'envers les tiers avec lesquels le mandataire a contracté au nom du mandant qui l'a souffert. On doit en ce cas présumer une extension ou réformation tacite de la procuration; de même qu'on présume un mandat tacite lorsque quelqu'un, sans qu'il y ait aucun acte de procuration, a fait, à mon vu et su, en mon nom, quelque affaire, et que je l'ai souffert, comme nous l'avons vu *suprà*, n. 29.

CHAPITRE IV.

De quelles manières le mandat finit.

100. Le mandat finit de plusieurs manières; par la mort du mandataire, par celle du mandant, par son changement d'état, par la cessation de son pouvoir, par la révocation

que le mandant fait du mandat, par la répudiation que le mandataire fait du mandat dans les cas auxquels il lui est permis de s'en déporter.

§. I. De la mort du mandataire.

101. Le mandat finit par la mort du mandataire : *Morte ejus cui mandatum est, si is integro adhuc mandato decesserit, solvitur mandatum*, l. 27, §. 3, ff. *mand.*

La raison du principe est puisée dans la nature du mandat. Le mandat a pour fondement la confiance que le mandant a dans la personne du mandataire. Cette confiance, étant attachée à la personne du mandataire, ne passe pas aux héritiers; et, par conséquent, le pouvoir qui a été accordé par le mandant au mandataire, de gérer l'affaire qui lui a été confiée par le mandat, étant fondé sur cette confiance qu'avoit le mandant dans la personne du mandataire, ce pouvoir doit finir par la mort du mandataire, et ne peut passer à ses héritiers.

Par exemple, si j'avois chargé Pierre de m'acheter une certaine maison, et que Pierre, mon mandataire, étant mort avant de l'avoir achetée, son héritier se fût ingéré d'acheter pour moi cette maison; quand même il l'auroit achetée aux conditions portées par le mandat que j'avois donné à Pierre, et même à des conditions encore plus avantageuses, je ne serois pas plus obligé de ratifier cet achat, que si je n'avois jamais donné ordre de l'acheter; car le mandat que j'ai donné à Pierre pour l'acheter, est fini par la mort de Pierre, et ne passe pas à ses héritiers. C'est pourquoi la loi ajoute : *Et ob id hæres ejus* (mandatarii), *licèt exsecutus fuerit mandatum, non habet mandati actionem;* d. §. 3.

Observez que la loi dit, *si integro adhuc mandato decesserit :* car si le mandataire avoit déja, de son vivant, commencé à exécuter le mandat; outre que son héritier succéderoit à son obligation de rendre compte de ce qui a été fait, il seroit tenu d'achever ce que le défunt mandataire a commencé; et le mandant seroit tenu de rem-

bourser non-seulement les déboursés faits par le mandataire, mais pareillement ceux faits par l'héritier du mandataire, en exécution de ce que le mandataire auroit commencé.

Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution pour moi par mon ordre, je suis tenu de rembourser non-seulement ce que ce mandataire, mais pareillement ce que son héritier a payé en exécution de ce cautionnement : *Hæredem fidejussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est;* l. 14, ff. *d. tit.*

Suivant ces principes, si j'ai prié un ami que j'ai en Hollande, de m'y faire une emplette de certains livres, et de me les envoyer ici à Orléans; si ce mandataire est mort après les avoir achetés, et avant de me les avoir envoyés, son héritier sera tenu de me les envoyer; et je serai tenu de mon côté de le rembourser des frais de l'envoi comme de ceux de l'achat : car l'envoi est une suite nécessaire de l'achat que le mandataire avoit fait de ces livres en exécution du mandat.

En cela l'héritier du mandataire est semblable à l'héritier d'un associé. Quoique, dans le contrat de société, l'héritier de l'associé ne succède pas plus à la société que l'héritier du mandataire au mandat, néanmoins cet héritier doit terminer ce qui est une suite nécessaire de ce qui a été commencé par le défunt : *Quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent;* l. 40, ff. *pro soc.*

102. Lorsque plusieurs mandataires ont été chargés d'une affaire pour en faire la gestion conjointement, la mort de l'un d'eux éteint entièrement le mandat : mais si par la procuration chacun d'eux a le pouvoir de faire seul l'affaire, la mort de l'un des mandataires n'empêche pas que le mandat ne continue de subsister dans les mandataires survivants.

§. II. De la mort du mandant.

103. Le mandat s'éteint par la mort naturelle ou civile du mandant, qui survient avant que le mandataire l'ait

exécuté : *Mandatum re integrâ, morte domini finitur* (1); l. 15, *Cod. mand.* Par exemple, si je vous ai chargé de m'acheter une certaine chose, le pouvoir que je vous ai donné cesse par ma mort, et mes héritiers ne seroient pas obligés de prendre pour leur compte l'achat que vous en feriez depuis ma mort.

Ce principe est puisé dans la nature du contrat de mandat. Le mandant, par ce contrat, charge le mandataire de faire quelque chose en sa place; *vice versâ*, le mandataire, en exécutant le mandat, prête son ministère au mandant, qui est censé faire par le ministère de son mandataire ce qui est porté par le mandat : or le mandataire ne peut plus prêter son ministère au mandant qui est mort; il ne peut donc plus exécuter le mandat après la mort du mandant.

Lorsque le mandant est absent de longue absence, et que, n'y ayant eu aucunes nouvelles de lui pendant un temps considérable, ses héritiers présomptifs se sont fait mettre par le juge en possession de ses biens; quoiqu'il soit, en ce cas, incertain si le mandant est mort ou vivant, néanmoins le jugement qui a mis ses parens en possession de ses biens, éteint le mandat, comme l'auroit éteint la mort du mandant; et le mandataire doit rendre compte de sa gestion aux parens qui ont été mis en possession des biens du mandant, comme il eût été obligé de le rendre à ses héritiers.

104. Lorsqu'un tuteur, en sa qualité de tuteur, a chargé quelqu'un d'une affaire de son mineur; si ce tuteur, qui a donné la procuration, vient à mourir, sa mort survenue *re integrâ*, éteint-elle le mandat? Pour la négative, on dit que le fait du tuteur est le fait du mineur. Suivant ce principe, dit-on, lorsque le tuteur, en sa qualité de tuteur, vous a chargé de l'affaire de son mineur, c'est comme si le mineur lui-même, par le ministère de son tuteur, vous en avoit chargé. On doit donc considérer en

(1) *Domini negotii, id est, mandatoris.*

ce cas le mineur comme étant lui-même le mandant; et par conséquent, quoique le tuteur vienne à mourir, tant que le mineur vit, le mandat paroît devoir subsister, parceque le mineur étant réputé être lui-même le mandant, tant qu'il vit, on ne peut pas dire que le mandat est éteint par la mort du mandant.

Nonobstant ces raisons, on doit décider que le mandat finit, dans ce cas, par la mort du tuteur; car lorsque le tuteur charge un mandataire de faire une affaire dépendante de sa tutelle, c'est pour que ce mandataire fasse pour lui et en sa place cette affaire qu'il étoit obligé de faire: le mandataire l'a faite tellement à la place du tuteur qui l'en a chargé, que le tuteur est obligé de rendre compte à son mineur de cette gestion, comme s'il l'eût faite lui-même. C'est donc le tuteur qui est le mandant; c'est à lui que le mandataire prête son ministère : d'où il suit que ce mandat doit s'éteindre par la mort du tuteur.

Il a été jugé, suivant ce principe, par un arrêt rapporté par Louet, *let.* C, *chap.* 27, que le pouvoir d'un procureur *ad lites* finissoit par la mort du tuteur qui l'avoit constitué pour une affaire de son mineur.

105. On doit par la même raison décider que lorsqu'un procureur ayant pouvoir de substituer, a substitué quelqu'un pour la gestion d'une affaire dont il s'étoit chargé, le mandat de ce substitué s'éteint et finit par la mort du procureur qui l'a substitué : car le procureur étant comptable de la gestion de son substitué, c'est pour lui et en sa place que ce substitué gère; il est le mandant de ce substitué.

Il faudroit décider autrement si la procuration que j'ai donnée à mon mandataire portoit qu'au cas qu'il ne pût pas faire l'affaire, il pourroit substituer *un tel.* Ce tel n'étant point du choix de mon procureur, mais du mien, c'est moi qui suis censé l'avoir directement établi mon mandataire; mon procureur n'est censé avoir fait autre chose que de m'avoir prêté son ministère pour l'établir mon mandataire. Il n'est pas le mandataire de mon pro-

cureur, qui n'est pas comptable de la gestion de ce substitué : ce substitué est directement mon mandataire, et c'est moi qui suis le mandant; et par conséquent le mandat de ce substitué ne finit pas par la mort de mon procureur.

106. Quoique le mandat s'éteigne par la mort du mandant, néanmoins si le mandataire, ignorant la mort du mandant, avoit de bonne foi fait l'affaire dont il avoit été chargé, les héritiers ou autres successeurs universels du mandant seroient obligés de l'en indemniser, et de ratifier ce qu'il a fait. Par exemple, si Pierre m'a chargé de lui acheter une certaine chose, et que, croyant exécuter son mandat, j'en aie fait l'achat depuis sa mort, qui n'étoit pas encore parvenue à ma connoissance, ses héritiers ne pourront pas me laisser cet achat pour mon compte, et j'aurai contre eux l'action *contraria mandati*, pour m'en faire indemniser par eux : *Si per ignorantiam impletum est* (mandatum), *competere actionem utilitatis causâ dicitur;* l. 26, ff. *mand.* La raison est que le mandant s'est obligé, par le contrat de mandat, à indemniser le mandataire de ce qu'il lui en coûteroit pour s'être chargé du mandat; et quoique le mandat finisse par la mort du mandant, cette obligation que le mandant a contractée, passe aux héritiers du mandant : or, ils ne satisferoient pas à cette obligation, s'ils n'indemnisoient pas le mandataire de ce qu'il lui en a coûté, en croyant de bonne foi exécuter le mandat dont il s'étoit chargé, et qu'il ignoroit être fini par la mort du mandant, qui n'étoit pas parvenue à sa connoissance. C'est en ce sens qu'Ulpien dit : *Mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur;* l. 58, ff. *d. tit.* Paul dit pareillement après Julien : *Mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare;* d. l. 26.

107. Il peut néanmoins y avoir des cas auxquels le mandataire, quoiqu'il ait connoissance de la mort du mandant, non seulement peut, mais doit faire l'affaire dont il s'est chargé, savoir, lorsque c'est une affaire instante qui n'est susceptible d'aucun retardement, et qui ne peut être

faite que par ce mandataire, les héritiers n'étant pas sur le lieu. On peut apporter pour exemple le cas auquel m'étant chargé de faire la vendange de mon ami, j'apprendrois sa mort dans un temps où la vendange ne peut pas se différer, les vendanges étant déja ouvertes dans le pays, et où je ne serois pas à temps d'en avertir ses héritiers, qui demeurent à trente ou quarante lieues de là.

108. Le principe que nous avons établi, que le mandat finit par la mort du mandant, reçoit nécessairement exception lorsque l'affaire qui en est l'objet est de nature à ne devoir se faire qu'après sa mort, comme dans les espèces de la loi 12, §. 17, et de la loi 13.

109. Le principe que le mandat finit par la mort du mandant, reçoit encore une exception à l'égard des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finances. Voyez notre *Traité des Obligations*, *n.* 448.

110. Despeisses, après Tiraqueau, fait aussi une exception à l'égard des mandements faits pour cause pieuse; mais ces priviléges de cause pieuse ne sont plus aujourd'hui en usage.

§. III. Du changement d'état du mandant.

111. Le changement d'état qui survient dans la personne du mandant avant que le mandataire ait exécuté le mandat, n'éteint pas moins le mandat, que la mort du mandant qui seroit survenue.

Il y a même raison. Par exemple, lorsque le mandant est une femme, qui depuis s'est mariée, et a passé sous la puissance d'un mari; ou lorsque c'est une personne qui depuis a été interdite, et a passé sous la puissance d'un curateur; ces personnes, au moyen de leur changement d'état, étant devenues incapables de faire, sans l'autorité de leur mari ou de leur curateur, l'affaire dont elles ont chargé leur mandataire, le mandataire ne peut plus la faire pour elles et à leur place, jusqu'à ce que la procuration ait été renouvelée par le mari ou par le curateur.

Lorsque le mandataire a exécuté le mandat avant que le

changement d'état du mandant fût parvenu à sa connoissance, il faut décider comme dans le cas auquel il l'a exécuté avant que la mort du mandant fût parvenue à sa connoissance. Voyez *suprà*, *n.* 106.

Les autres exceptions que nous avons apportées dans le paragraphe précédent, au principe de l'extinction du mandat par la mort du mandant, pour le cas auquel l'affaire est urgente, et pour le cas des préposés à une maison de commerce ou à un bureau de finance, reçoivent pareillement application au principe de la révocation du mandat par le changement d'état du mandant; et elles en sont pareillement des exceptions.

§. IV. De l'extinction du mandat par la cessation du pouvoir du mandant.

112. Lorsqu'une personne qui a qualité et pouvoir pour gérer les affaires d'autrui, charge quelqu'un de faire pour lui quelqu'une desdites affaires, le mandat qui intervient entre ces personnes, finit et s'éteint lorsque le pouvoir qu'avoit le mandant de gérer l'affaire dont il a chargé son mandataire, vient à cesser.

Par exemple, si le tuteur a donné procuration à quelqu'un pour recevoir ce qui étoit dû à son mineur, ou s'il a constitué un procureur dans une instance qu'il avoit pour son mineur, la tutelle étant depuis finie, *putà*, par la majorité du mineur, le mandat ou la procuration que le tuteur a donnée, finit : car le procureur du tuteur, tenant son pouvoir du tuteur son mandant, le pouvoir de ce procureur ne peut durer que tant que dure celui du tuteur : ce procureur du tuteur ne peut plus faire valablement, *vice mandantis*, ce que son mandant ne pourroit plus faire valablement lui-même.

Il faut dire la même chose du mandat donné par un curateur à un interdit, lorsque sa curatelle vient par la suite à finir, *putà*, lorsque l'interdit s'est fait relever de son interdiction.

Il faut dire la même chose du mandat donné par un pro-

cureur qui avoit pouvoir de substituer : si le pouvoir de ce procureur qui a donné le mandat vient à finir, soit par la mort de celui qui lui avoit donné procuration, soit par la révocation de sa procuration, le pouvoir du substitué doit aussi cesser. Il y a même raison dans tous ces cas.

§. V. De la révocation du mandat.

113. Le mandat s'éteint par la révocation qu'en fait le mandant : *Extinctum est mandatum finitâ voluntate;* l. 12, §. 16, ff. *mand.*

Régulièrement il n'y a que le mandant lui-même qui puisse révoquer son mandat ; son procureur qu'il a établi au gouvernement général de toutes ses affaires, ne peut révoquer un mandat spécial qui a été donné à un autre pour une certaine affaire.

Néanmoins, si le procureur général avoit de justes raisons qui ne fussent pas connues du mandant, pour défendre au mandataire particulier d'exécuter le mandat, il pourroit lui défendre de l'exécuter, en lui déclarant que c'est pour telle et telle raison; et le mandataire y devroit déférer jusqu'à ce que le mandant eût été instruit de ces raisons, et eût déclaré que, nonobstant ces raisons, il persistoit dans son mandat. On peut tirer en argument pour cette décision la loi 30, ff. *mand.*

114. Pour que le mandat soit censé révoqué, il n'est pas absolument nécessaire que la révocation soit expresse; il y a de certains faits qui la font présumer. Ulpien en rapporte un exemple : Lorsque quelqu'un, après avoir chargé d'une affaire un premier mandataire, a depuis chargé de cette même affaire une autre personne, il est par cela seul suffisamment présumé avoir révoqué son premier mandat : *Eum qui dedit diversis temporibus procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videri;* l. 31, §. *fin.* ff. *de procur.*

Cette présomption doit-elle avoir lieu lorsque la seconde procuration est nulle, *putà*, parcequ'elle a été passée à une

personne que le mandant croyoit vivante, et qui étoit déjà morte; ou parceque celui à qui elle a été passée, n'a pas voulu l'accepter? Je pense que la première procuration n'en doit pas moins être présumée révoquée; car quoique la seconde procuration n'ait point eu d'effet, il n'en est pas moins vrai que le mandant a eu la volonté de donner la gestion de l'affaire qui en faisoit l'objet, à un autre qu'à celui à qui il l'avoit donnée par sa première procuration; et cette volonté de la donner à un autre suppose celle de l'ôter à son premier mandataire. C'est par une semblable raison que les lois décident que lorsqu'un testateur, après avoir, par une première disposition testamentaire, légué une chose à une personne, avoit, par une disposition postérieure, transféré ce legs à une autre; quoique la seconde disposition fût nulle, *putà*, parceque la personne au profit de qui elle étoit faite, en étoit incapable, la première disposition ne laisse pas d'être présumée révoquée par la seconde; l. 34, ff. *de leg.* 1°; l. 8, ff. *de adim. leg.*; l. 78, §. 10, ff. *ad. Sc. Trebell.* Ce sentiment que nous avons embrassé est celui de Ménoch. *de Præsumpt. lib.* 2, *cap.* 37; de Balde, et des autres docteurs par lui cités.

115. La présomption de la révocation d'une première procuration, qui naît d'une seconde procuration donnée à un autre, a sur-tout lieu lorsque les deux procurations sont l'une et l'autre des procurations spéciales qui ont pour objet la même affaire.

Pareillement, lorsque l'une et l'autre sont des procurations générales, la première doit être présumée révoquée par la seconde.

Lorsque la première est générale, et la seconde est spéciale, la première peut être présumée révoquée quant à l'affaire qui fait l'objet de la seconde, suivant cette règle du droit, *In toto jure generi per speciem derogatur;* l. 80, ff. *de R. J.;* mais elle continue de subsister pour toutes les autres affaires du mandant.

Lorsque la première procuration est une procuration spéciale pour une certaine affaire, elle n'est pas présumée

révoquée par une procuration générale donnée à un autre; elle ne suppose point dans le mandant la volonté de révoquer la première. C'est l'avis de Ménoch. *dicto loco.*

116. Comme ce n'est que par la présomption de la volonté du mandant que le premier mandat est éteint par un second, dans lequel un autre auroit été chargé de la même affaire, le premier mandat ne sera pas éteint, s'il y a des circonstances contraires à cette présomption, qui fassent connoître que la volonté du mandant a été de charger de l'affaire les deux mandataires, pour qu'elle pût se faire par l'un ou par l'autre.

117. Les docteurs agitent la question, si une première procuration est révoquée par une seconde passée à la même personne. Ils conviennent tous que lorsque la seconde ne contient rien de différent de la première, *quùm secundum mandatum non habet diversam formam à primo, sed idem omninò continet;* la seconde en ce cas ne révoque pas la première; elle en est une confirmation superflue, et le mandataire peut se servir de l'une ou de l'autre.

Lorsque la seconde procuration ne contient qu'une partie des affaires dont le même mandataire avoit été chargé par la première, en ce cas la première procuration paroît devoir être présumée révoquée par la seconde, pour les affaires qui ne sont pas comprises dans cette seconde procuration; à moins que le mandant n'ait déclaré par une clause de la seconde procuration, qu'il n'entendoit au surplus déroger à la première, ou qu'il n'ait fait d'ailleurs connoître à cet égard sa volonté d'y persister.

Lorsque la seconde procuration, quoique précisément pour la même affaire qui faisoit l'objet de la première, prescrit des conditions différentes de celles de la première; comme, par exemple, si par une première procuration j'avois donné pouvoir purement et simplement à mon mandataire de transiger pour moi sur un procès que j'avois, telles conditions qu'il jugeroit à propos; si par la seconde, je donne pouvoir à ce même mandataire de transiger de cette affaire, en prenant pour cet effet le conseil d'un tel

avocat; *aut vice versâ*, si la première procuration prescrivoit de prendre conseil, et que la seconde n'imposât pas cette condition; ou si, par une première procuration, j'ai donné pouvoir à quelqu'un d'acheter pour moi une certaine chose, pour un certain prix, et que, par la seconde, j'aie donné pouvoir au même mandataire d'acheter pour moi la même chose, pour un prix différent, ou moindre, ou plus grand; Menochius pense qu'en ces cas, et autres semblables, la première procuration doit être présumée révoquée par la seconde. Je penserois qu'elle n'est pas révoquée, mais qu'elle est seulement modifiée, et que les obligations respectives contractées par l'acceptation de la première procuration, subsistent, et ne sont pas détruites par la seconde; sauf que le mandataire, dans la gestion qu'il fera depuis la seconde procuration, sera tenu de se conformer aux conditions prescrites par cette seconde procuration, et sera dispensé de s'assujettir à celles prescrites par la première, qui ne l'ont pas été par la seconde.

118. Les docteurs rapportent plusieurs autres faits qui font présumer la révocation du mandat.

Par exemple, lorsqu'un marchand, après avoir quitté le commerce, ayant un grand nombre de dettes de son commerce à recouvrer, a chargé de ce recouvrement un mandataire à qui il avoit, pour cet effet, remis tous ses registres, et toutes les pièces nécessaires pour ce recouvrement; si le mandant a depuis envoyé retirer de chez son mandataire tous lesdits registres et pièces, ce fait doit faire présumer la révocation du mandat, quoiqu'en les envoyant retirer, le mandant ne lui ait pas fait dire expressément qu'il le révoquoit. Brunneman, *dicto loco.*

119. Lorsqu'une personne, qui devoit partir pour un long voyage, a donné procuration à quelqu'un pour gérer ses affaires; quoique la procuration ne porte aucune limitation de temps, néanmoins on présume qu'il ne l'a donnée que pour le temps de son absence; et son retour fait présumer la révocation de la procuration, à moins que cette présomption ne fût détruite par une présomption contraire,

telle que celle qui résulteroit de ce que le mandataire, depuis le retour du mandant, auroit continué de gérer au vu et au su du mandant, qui l'auroit souffert; Brunneman, *dicto loco :* car de même qu'une telle gestion fait présumer un mandat tacite, lorsqu'il n'y a pas eu de procuration, *suprà, n.* 29, elle doit par la même raison faire présumer, dans notre espèce, que la procuration n'a pas été révoquée par le retour du mandant.

120. Les faits qui sont de nature à détruire entièrement la confiance que le mandant avoit en la personne du mandataire, font aussi facilement présumer une révocation tacite du mandat; comme lorsque le mandataire a fait banqueroute, ou lorsqu'il a été rendu contre lui un jugement infamant pour quelque friponnerie, ou enfin lorsqu'il est survenu de grandes inimitiés entre le mandant et le mandataire. Brunneman, *dicto loco.*

121. Pour que la révocation du mandat éteigne le mandat, il faut que l'acte portant cette révocation, ou les faits qui la font présumer, soient parvenus, ou puissent être censés parvenus à la connoissance du mandataire; autrement elle n'a aucun effet, et ce que le mandataire a fait avant que d'avoir eu connoissance de la révocation, oblige le mandant : *Si tibi mandassem ut fundum emeres, posteà scripsissem ne emeres; tu antequàm scias me vetuisse, emisses; mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is qui mandatum suscepit;* l. 15, ff. *mand.*

Dès que la connoissance de la révocation du mandat est parvenue au mandataire, le mandat est éteint, si la chose est entière, et le mandataire ne peut plus dès-lors, en faisant ce qui est porté par le mandat, obliger envers lui le mandant.

Mais si le mandataire révoqué ne peut avoir en ce cas l'action *mandati contraria*, ne peut-il pas avoir quelquefois l'action *negotiorum gestorum?* C'est ce que nous examinerons *infrà*, en traitant du quasi-contrat *negotiorum gestorum.*

Si la chose n'étoit plus entière lorsque la connoissance

de la révocation du mandat est parvenue au mandataire, qui avoit déjà commencé la gestion, il peut, quoique révoqué, faire ce qui est une suite nécessaire de ce qu'il avoit commencé, et il oblige à cet égard le mandant.

Quoique le mandataire révoqué, qui a connoissance de la révocation de sa procuration, ne puisse, en faisant ce qui est porté par la procuration, obliger envers lui le mandant, il peut obliger ce mandant envers des tiers avec lesquels il contracteroit comme fondé de la procuration qu'il leur exhiberoit, si ces tiers n'avoient pas connoissance de la révocation; sauf au mandant son recours contre ce mandataire, pour en être indemnisé.

Par la même raison, les paiements faits au mandataire révoqué par les débiteurs du mandant, auxquels il a exhibé la procuration, et qui en ignorent la révocation, sont valables; c'est pourquoi il est à propos que le mandant notifie à ses débiteurs cette révocation. Voyez notre *Traité des Obligations, n.* 474.

§. VI. De la répudiation du mandat par le mandataire.

122. Sur les cas auxquels il est permis au mandataire de se déporter du mandat, et d'éteindre par ce moyen le mandat, *voyez* ce que nous en avons déja dit *suprà*, ch. 2, art. 1.

CHAPITRE V.

De quelques espèces particulières de mandats et de mandataires.

123. Il y a deux principales espèces de mandats, savoir, celui qui a pour objet quelque affaire judiciaire, et celui qui a pour objet des affaires extrajudiciaires.

Pareillement, il y a deux espèces de mandataires ou procureurs; savoir, les procureurs *ad lites*, et les procureurs *ad negotia*, qu'on appelle aussi simplement *mandataires*.

Nous avons, jusqu'à présent, traité principalement des mandats qui ont pour objet des affaires extrajudiciaires, et des procureurs *ad negotia*. Il y a plusieurs choses à observer sur les procureurs *ad lites*; c'est ce qui fera la matière du premier article de ce chapitre.

On divise encore les mandats ou procurations, en procurations générales, qui ont pour objet l'administration de toutes les affaires du mandant, et en procurations spéciales, qui ont pour objet quelque affaire particulière.

Ceux à qui on donne une procuration spéciale pour quelque affaire particulière, s'appellent simplement *mandataires*, ou procureurs *simpliciter*. Ceux à qui on donne une procuration générale, s'appellent procureurs *omnium bonorum*. Nous en traiterons dans le second article de ce chapitre.

ARTICLE PREMIER.

Des mandats qui ont pour objet quelque affaire judiciaire; et des procureurs *ad lites*.

124. Le mandat qui a pour objet quelque affaire judiciaire, qu'on peut appeler mandat *ad litem*, peut être défini un contrat par lequel celui qui a intenté ou qui veut intenter en justice une demande contre quelqu'un, ou celui contre qui on en a intenté une, confie la poursuite de sa demande, ou sa défense contre celle qui lui est intentée, à un procureur de la juridiction, qui s'en charge.

Nous traiterons, 1° de la nature de ce mandat; 2° de son objet, et des personnes qu'on en peut charger; 3° nous verrons comment il se contracte; nous traiterons du désaveu que l'on peut faire d'un procureur qui a agi sans mandat, ou qui en a excédé les bornes; 4° nous traiterons des obligations des procureurs *ad lites* envers leurs clients, que le mandat *ad litem* produit; 5° de celle du client envers le procureur; de l'hypothèque des procureurs, et de la distraction des condamnations de dépens qu'ils ont droit de demander; 6° enfin, des différentes manières dont s'éteint ce mandat.

§. I. De la nature du mandat *ad litem.*

125. Ce contrat paroît dégénérer de la nature du mandat, en ce qu'il n'est pas gratuit, et qu'il ne renferme pas un office d'amitié ; car le procureur reçoit et a droit d'exiger de son client des salaires pour la poursuite ou la défense de l'affaire dont il se charge ; et c'est ordinairement son propre intérêt et la vue de ses salaires qui le portent à se charger de l'affaire, plutôt que celle de rendre un bon office à son client.

C'est pourquoi il sembleroit que ce contrat tient plus du contrat de louage que de celui de mandat : le procureur paroît, par ce contrat, louer ses services à son client, et ses salaires paroissent en être le loyer. C'est ce qu'a pense Coquille, qui dit que ce contrat *magis spectat locationem operarum.*

Néanmoins, il a prévalu de réputer pour contrat de mandat, le contrat par lequel un client charge un procureur de la poursuite judiciaire ou de la défense judiciaire d'une affaire.

C'est ce qui paroît par le nom de *procureur*, qu'on donne à celui qui s'en charge. Ce nom est synonyme à celui de mandataire : il ne convient qu'au contrat de mandat, et ne peut convenir au contrat de louage.

C'est pourquoi les salaires des procureurs ne doivent pas être regardés comme un loyer de services appréciables à prix d'argent, mais comme une rémunération qui tient de la nature de celles qu'ont droit d'exiger ceux qui exercent les arts libéraux, pour les services qu'ils rendent dans leur profession. Voyez *suprà*, *n.* 26.

§. II. Quel est l'objet du mandat *ad litem*, et quelles personnes en peuvent être chargées.

126. Le mandat *ad litem*, suivant la définition que nous en avons donnée, a pour objet la poursuite d'une demande en justice, que j'ai donnée ou que je veux donner contre quelqu'un, ou la défense à une qu'on auroit donnée contre moi.

Ce ne peut être qu'un procureur en titre d'office de la juridiction où l'affaire est ou doit être portée, qui peut en être chargé; car depuis qu'on a établi des procureurs en titre d'office dans les différentes juridictions, il n'y a qu'eux qui soient admis à poursuivre les affaires qui y sont portées.

Je puis bien, à la vérité, par un mandat ordinaire, charger mon procureur *ad negotia*, quoiqu'il ne soit pas procureur en titre d'office, d'intenter pour moi les actions qu'il jugera à propos d'intenter, et de défendre pour moi à celles qu'on intenteroit contre moi : mais il ne peut pas les poursuivre par lui-même, ni défendre par lui-même; il faut qu'en exécution du mandat qui est intervenu entre lui et moi, il intervienne un mandat *ad litem* entre lui et un procureur en titre d'office, par lequel il donnera pouvoir à ce procureur d'occuper pour moi sur la demande qu'il aura fait donner en mon nom, ou sur celle qui auroit été donnée contre moi; et ce pouvoir que mon procureur *ad negotia* donnera à ce procureur *ad lites*, sera équipollent à un pouvoir que je lui aurois donné moi-même.

Ces procureurs en titre d'office ont tellement le droit exclusif de prêter leur ministère dans toutes les instances et procès qui se poursuivent dans leurs juridictions, que la partie ne seroit pas admise à poursuivre ou à défendre par elle-même, sans l'assistance et le ministère d'un procureur de la juridiction.

Néanmoins, dans les causes sommaires, les parties peuvent les plaider par elles-mêmes, sans ministère ni assistance de procureur; sauf dans les cours souveraines et dans les siéges présidiaux, où le ministère des procureurs est nécessaire même pour les causes sommaires.

Sur la question, quelles sont les causes qui sont réputées sommaires, *Voyez le titre* 17 *de l'Ordonnance de* 1667, *et le Commentaire de M. Jousse.*

§. III. Comment se contractent les mandats *ad litem ;* et du désaveu.

127. Les mandats *ad litem*, de même que les autres mandats, se contractent par le seul consentement des parties : ils ont seulement cela de particulier, qu'au lieu que, dans les contrats extrajudiciaires, le mandataire doit exhiber sa procuration aux tiers avec lesquels il traite en exécution du mandat; au contraire dans les mandats *ad litem*, le procureur qui s'est constitué procureur pour une partie, n'est point obligé d'informer de sa procuration l'autre partie, ni le procureur de cette partie. Il est, vis-à-vis de l'autre partie, suffisamment présumé avoir un pouvoir de sa partie, tant que cette partie, pour laquelle il s'est constitué procureur, ne le désavoue pas.

128. Lorsque la partie pour laquelle un procureur s'est constitué procureur, prétend que c'est sans ordre, et refuse en conséquence d'approuver toute la procédure qu'il a tenue, elle doit le désavouer par un acte formel de désaveu.

Le procureur désavoué doit justifier du mandat.

Il n'est pas néanmoins nécessaire qu'il rapporte une procuration expresse; il suffit qu'il puisse prouver par quelque lettre, ou par quelque autre acte, soit antérieur, soit postérieur à sa constitution de procureur, que la partie pour laquelle il s'est constitué procureur a consenti qu'il occupât pour elle.

Lorsque le procureur qui s'est constitué procureur pour la partie contre qui on a donné une demande, se trouve porteur de la copie de l'exploit de demande qui a été laissée à cette partie, il est censé par cela seul justifier suffisamment que cette partie l'a chargé d'occuper pour elle sur cette demande; car ce n'est qu'à cet effet que la partie paroît avoir remis cette copie à ce procureur.

Pareillement, un procureur qui s'est constitué procureur pour une partie qui a donné une demande, lorsqu'il se trouve porteur de l'exploit de demande qui lui a été remis par l'huissier qui l'a fait, est censé établir son pou-

voir par cet exploit dont il est porteur, à moins que la partie n'ait pareillement désavoué l'huissier, et fait juger bon et valable son désaveu contre l'huissier.

Si l'huissier désavoué justifioit que c'est par l'ordre du procureur qu'il a donné l'exploit, *putà*, parcequ'il se trouveroit écrit en tout ou en partie de la main du procureur, ou de quelqu'un de ses clercs, il seroit fondé à demander au procureur qu'il l'indemnisât du désaveu.

129. Lorsque le désaveu contre l'huissier a été jugé valable, l'exploit de demande dont le procureur est porteur, ne peut pas établir le pouvoir du procureur pour donner la demande. Mais si le procureur se trouve outre cela porteur des pièces qui servent de fondement à la demande, on pense communément que cela suffit pour établir le pouvoir de donner la demande, et pour faire en conséquence donner congé du désaveu, tant contre le procureur que contre l'huissier, parce qu'il y a tout lieu de présumer que c'est pour poursuivre la demande que la partie pour qui le procureur s'est constitué, lui a remis ses pièces, qui y servent de fondement.

Cela peut souffrir néanmoins quelque difficulté; car il peut arriver qu'une personne envoie des pièces à un procureur, non pour intenter une action, mais pour les faire voir à un avocat, et avoir son avis, avant que de se déterminer sur le parti qu'elle aura à prendre, et que le procureur, à qui les pièces n'avoient été envoyées que pour ce sujet, ait néanmoins intenté une demande au nom de cette personne, et à son insu.

130. On avoit autrefois, mal-à-propos, douté si un procureur pouvoit être valablement désavoué après sa mort. Lacombe rapporte un arrêt du 18 mars 1744, rendu sur les conclusions de M. Gilbert, qui a jugé valable le désaveu d'un procureur, quoique fait après sa mort, et les héritiers de ce procureur tenus des dommages et intérêts de la partie contre laquelle il avoit occupé.

Cela est conforme au principe du mandat. Un mandataire ou procureur qui excède son pouvoir, et à plus forte

raison celui qui n'a aucun pouvoir, ne peut engager celui au nom duquel il fait quelque affaire que ce soit. Le procureur qui a occupé pour moi sans mon ordre, ou qui a fait en justice quelque offre ou quelque déclaration que je ne lui avois pas donné ordre de faire, n'a donc pu m'engager; n'étant pas engagé, la mort de ce procureur qui survient, est un fait étranger qui ne peut pas confirmer en ma personne une obligation que je n'ai jamais contractée. C'est pourquoi, soit que ce soit après la mort de ce procureur, soit que ce soit de son vivant qu'on m'oppose ce que ce procureur a fait en mon nom, je puis dire que c'est sans mon ordre, et le désavouer. D'un autre côté, ce procureur, en se portant faussement pour avoir pouvoir de moi, s'est obligé envers la partie contre qui il occupoit, aux dommages et intérêts résultants de l'erreur dans laquelle il l'a induite. Cette obligation, de même que toutes les autres obligations, passe à ses héritiers, *qui succedunt in omne jus defuncti*; et par conséquent cette partie peut poursuivre contre ses héritiers la condamnation desdits dommages et intérêts.

§. IV. Des obligations des procureurs envers leurs clients.

131. Le mandat judiciaire produit les mêmes obligations que les autres contrats.

C'est pourquoi de même que, comme nous l'avons vu *suprà*, le mandataire, en acceptant le mandat, s'oblige à deux choses envers le mandant; 1° à exécuter le mandat, et aux dommages et intérêts que le mandant auroit soufferts de son inexécution par la faute du mandataire; 2° à rendre compte au mandant de sa gestion, et à lui remettre ce qui lui en est parvenu; de même le procureur, qui, dans le mandat judiciaire, est le mandataire de son client, est obligé à deux choses envers son client.

1° Le procureur, en acceptant le mandat de son client, quand même ce ne seroit que tacitement, s'oblige à l'exécuter, et aux dommages et intérêts que le client pourroit souffrir de l'inexécution par la faute de ce procureur.

Par exemple, si j'ai envoyé des pièces à un procureur, afin qu'il formât pour moi une opposition au décret d'un héritage qui se poursuit dans sa juridiction, ce procureur, qui, en les retenant, est censé s'être tacitement chargé du mandat, est tenu des dommages et intérêts que j'ai soufferts par la perte que j'ai faite de mes hypothèques, faute par lui de l'avoir exécuté, et d'avoir formé pour moi l'opposition au décret qu'il s'étoit tacitement chargé de former.

Pareillement, lorsque j'ai envoyé des pièces à un procureur pour donner en mon nom une demande; si ce procureur, qui, en retenant mes pièces, est censé tacitement avoir accepté mon mandat, a négligé de la donner; il sera tenu des dommages et intérêts résultants de ce que mon action s'est prescrite, faute par le procureur de l'avoir intentée.

2° Le procureur qui s'est chargé de la poursuite d'une demande que j'ai intentée contre quelqu'un, se charge tacitement de défendre aux demandes incidentes qui seront formées contre moi dans le cours de l'instance sur cette demande. L'obligation de défendre à ces demandes incidentes est une suite nécessaire de celle de poursuivre ma demande : *Æquum prætori visum est eum qui alicujus nomine procurator, experitur, eumdem etiam defensionem suscipere;* l. 33, §. 4, ff. *de procur.*

132. La seconde obligation du procureur envers son client, est de lui rendre compte de sa gestion, et de lui remettre ce qui en est provenu; ce qui consiste à soumettre à l'examen de son client la procédure qu'il a tenue en exécution de son mandat, et à remettre à son client toutes les pièces de la procédure et tous les jugements qu'il a levés, à la charge par le client de lui payer préalablement ses déboursés et salaires.

L'obligation que le procureur contracte de rendre compte de sa gestion, renferme celle d'indemniser son client du tort qu'il lui a causé par sa faute, par quelque défaut de procédure; car le principe général tiré de la loi 13, *cod.*

mand., où il est dit, *A procuratore dolum et omnem culpam præstandam esse, juris autoritate manifestè declaratur;* et cet autre : *Imperitia culpæ annumeratur;* l. 132, ff. *de Reg. Jur.;* ces principes, dis-je, ne comprennent pas moins les procureurs *ad lites* que les autres.

Par exemple, si j'ai chargé un procureur de poursuivre pour moi une saisie réelle d'un héritage, et que, sur une opposition formée contre mon décret, afin d'annuler, on oppose quelque défaut de procédure pour le faire déclarer nul, je puis mettre en cause le procureur pour répondre de sa procédure; et, si le décret est déclaré nul, il doit être condamné envers moi aux dommages et intérêts que je souffre.

§. V. Des obligations des clients envers leurs procureurs ; de l'hypothèque des procureurs, et de la distraction des condamnations de dépens que les procureurs ont droit d'obtenir.

133. Le mandat *ad lites* produit aussi, de même que les autres mandats, une obligation qu'on appelle *obligatio contraria mandati*, par laquelle le client, qui est le mandant, s'oblige à payer à son procureur ses salaires, et à le rembourser des déboursés qu'il a faits pour la poursuite ou la défense de l'affaire; et de cette obligation du client naît l'action *directa mandati*, que le procureur a contre lui pour s'en faire payer.

Le procureur, outre cela, a droit de retenir, jusqu'au paiement de ses salaires et déboursés, tous ses actes de procédures, qui sont son ouvrage; mais il ne peut pas retenir, faute de paiement de ses salaires, les titres de sa partie : cela est défendu aux procureurs, à peine de privation de leurs offices, par l'ordonnance de Charles VII, de 1453, *art.* 44.

Un procureur peut néanmoins retenir les jugements et autres actes qu'il a levés à ses frais, jusqu'à ce qu'on le rembourse des déboursés qu'il a faits pour les lever; mais il ne peut pas les retenir pour ses salaires. Cette distinction est établie par un arrêt de 1547, rapporté par Coquille, *quæst.* 197.

134. Lorsque le procureur a été chargé autrement que par une procuration passée devant notaires, il ne peut acquérir d'hypothèque sur les biens de son client, pour ses salaires et déboursés, que du jour de la condamnation qu'il a obtenue contre lui.

On a même douté si on ne devoit pas accorder cette hypothèque seulement du jour de cette condamnation, quoiqu'il y eût une procuration devant notaires. L'auteur du *Journal des Audiences*, *tom.* 5, *l.* 6, *ch.* 25, nous apprend que la principale raison de douter étoit de peur qu'en l'accordant plus tôt, il n'arrivât qu'une personne, pour mettre ses biens à couvert, colluderoit avec un procureur pour faire paraître beaucoup plus de frais qu'il n'en doit à son procureur; néanmoins, après un partage d'avis, on a jugé en faveur du procureur, par arrêt rendu en 1672.

Depuis, la question s'en étant renouvelée, il est intervenu un autre arrêt du 18 juin 1764, *consultis classibus*, en forme de règlement, par lequel on a accordé l'hypothèque au procureur, du jour de la procuration passée devant notaires.

Ce n'est pourtant pas précisément du jour de la date de la procuration qu'on doit, ce me semble, dater cette hypothèque, mais plutôt du jour de l'acte de constitution de procureur qui a suivi cette procuration. La raison en est évidente. L'hypothèque ne peut naître avant l'obligation : or, au temps de la date de la procuration, il n'y avoit pas encore de contrat de mandat, ni par conséquent d'obligation contractée par le client envers le procureur. Ce n'est que par l'acceptation que le procureur fait de la procuration, que le contrat de mandat reçoit sa perfection, et qu'il produit les obligations qui en naissent : or, c'est l'acte de constitution de procureur qui constate l'acceptation que le procureur fait de la procuration, et qui en commence l'exécution; voyez *suprà*, *n.* 31 *et* 127.

135. Lorsqu'un procureur a obtenu pour son client un jugement de condamnation de dépens contre l'autre partie, si ses salaires, et les déboursés qu'il a faits dans l'instance

pour son client, lui sont encore dus, il est fondé à demander la distraction à son profit de la condamnation de dépens adjugée à sa partie, pour s'en faire payer par la partie condamnée.

Cette distraction est un transport que le client au profit de qui le jugement est rendu, est censé faire à son procureur, de la créance qu'il acquiert contre la partie condamnée aux dépens; et le client fait ce transport à son procureur pour s'acquitter envers lui desdits dépens dont il lui est débiteur.

Comme le client ne pourroit, sans injustice, refuser ce transport à son procureur, le juge peut, sans le consentement du client, prononcer cette distraction au profit du procureur; car il peut suppléer un consentement qui ne peut être refusé sans injustice.

Si le procureur avoit été payé d'une partie de ses frais pendant l'instance par son client, il ne pourroit obtenir la distraction à son profit de la condamnation de dépens, que jusqu'à concurrence de ce qui lui restera dû.

136. Lorsque le jugement qui contient une condamnation de dépens et la distraction au profit du procureur, est contradictoire, le procureur est, par le jugement même, du jour et dès l'instant qu'il est rendu, saisi de la créance qui résulte de la condamnation de dépens, contre la partie condamnée; car la partie condamnée, qui en est la débitrice, étant partie dans le jugement qui contient et la condamnation et la distraction, cela équipolle de sa part à une acceptation du transport de la créance des dépens.

Lorsque le jugement est par défaut, les jugements par défaut n'ayant d'effet que du jour qu'ils sont signifiés, la distraction qui est faite au profit du procureur n'a d'effet que du jour de la signification du jugement. Mais la condamnation de dépens n'ayant pareillement lieu que de ce jour, cette condamnation de dépens ne précède que d'un instant de raison la distraction qui en est faite au profit du procureur, de même que dans le cas auquel le jugement est contradictoire.

137. Lorsque celui qui a été condamné envers moi aux dépens dont mon procureur a obtenu la distraction, étoit, avant la condamnation, mon créancier d'une somme liquide, peut-il opposer la compensation de cette somme à mon procureur qui le poursuit pour le paiement des dépens dont il lui a été fait distraction? Il semble qu'il est en droit de lui opposer cette compensation; car la distraction qui a été faite au profit de mon procureur, de la condamnation de dépens, ne fait autre chose que le subroger à ma créance que j'acquiers par la condamnation des dépens contre la partie qui est condamnée envers moi; mon procureur est mis et subrogé en mes droits par la distraction qui est faite à son profit. Or c'est un principe, que celui qui est aux droits de quelqu'un, ne peut avoir plus de droit que celui qui est aux droits duquel il est : *Qui alterius jure utitur, eodem jure uti debet.* De même donc que je n'eusse pu me dispenser de la compensation de la somme liquide dont j'étois débiteur dès avant la condamnation, envers la partie qui a été condamnée aux dépens envers moi; de même mon procureur, qui, par la distraction qu'il a obtenue, ne fait qu'exercer mes droits, ne peut pareillement se dispenser de souffrir cette compensation. En vain opposeroit-on que la distraction ayant été prononcée par le même jugement que la condamnation de dépens, cette condamnation n'a pas subsisté en ma personne, et n'a pu par conséquent souffrir la compensation de la somme dont j'étois débiteur envers la partie qui a été condamnée aux dépens envers moi; car on ne peut disconvenir que la créance résultante de la condamnation de dépens prononcée envers moi, n'ait subsisté en ma personne, au moins pendant un instant de raison. Or, la compensation se faisant *ipso jure*, il suffit que cette créance ait subsisté en ma personne pendant un instant de raison, pour que la compensation se soit faite avec la somme dont j'étois débiteur. Ces raisons paroissent très-fortes, et prises dans les principes.

Néanmoins Lacombe, sur le mot procureur *ad lites*, rapporte un arrêt de la grand'chambre, du 19 mars 1738,

par lequel il dit avoir été jugé que la partie condamnée aux dépens, desquels le procureur de celle au profit de qui la condamnation étoit rendue, avoit obtenu à son profit la distraction, ne pouvoit opposer au procureur la compensation d'une somme qui lui étoit due par la partie envers qui elle avoit été condamnée aux dépens. Cet arrêt est fondé sur une grande raison d'intérêt public, qui doit prévaloir sur la subtilité du droit. Il est de l'intérêt public qu'un procureur qui a été obligé de faire de grosses avances pour défendre une pauvre partie dans un procès qu'on lui faisoit injustement, ait un recours assuré pour s'en faire rembourser par la partie qui a fait le procès injuste, et qui a été condamnée aux dépens. Sans cela les pauvres ne pourroient trouver de défenseurs qui voulussent faire pour eux les avances nécessaires pour leur faire rendre justice. La partie condamnée aux dépens dont le procureur a obtenu la distraction, ne doit donc pas être reçue à priver, par des compensations, le procureur des avances qu'il a faites, et de ses salaires. On doit feindre en faveur de ce procureur, que la créance résultante de la condamnation des dépens dont la distraction lui a été accordée, lui a passé directement, sans avoir subsisté en la personne de sa partie envers qui la condamnation est intervenue, et qu'en conséquence cette créance n'a pas souffert la compensation de ce qui étoit dû par la partie à celle qui a été condamnée aux dépens.

Il en seroit autrement si le procureur n'avoit pas fait prononcer la distraction à son profit par le même jugement qui a prononcé la condamnation de dépens envers sa partie, et que ce ne fût qu'*ex intervallo* qu'il se fût fait subroger à la créance de sa partie, résultante de la condamnation de dépens; car en ce cas cette créance ayant subsisté en la personne de sa partie, auroit souffert de plein droit la compensation des sommes que cette partie devoit de son côté à celle qui a été condamnée envers elle; et il n'est pas douteux que le procureur n'auroit pu se faire subroger qu'à ce qui en restoit.

Observez aussi que si j'ai obtenu contre ma partie adverse une condamnation de dépens sur certains chefs dont mon procureur a obtenu à son profit la distraction, et que par le même jugement j'aie été condamné aux dépens sur un autre chef envers cette partie, il n'est pas douteux, en ce cas, qu'il doit se faire une compensation des condamnations respectives, la partie qui a été condamnée envers moi par ce jugement ne pouvant être débitrice par ce jugement des dépens auxquels elle a été condamnée, que sous la déduction de ceux qui lui ont été adjugés par le même jugement. C'est pourquoi mon procureur, qui a obtenu la distraction de ceux qui m'ont été adjugés, ne peut en ce cas se dispenser de souffrir la compensation de ceux auxquels j'ai été condamné (1).

138. Sur l'action *contraria mandati*, que les procureurs ont contre leurs clients pour le paiement de leurs salaires et le remboursement de leurs avances, il nous reste à observer qu'elle est sujette à quatre espèces de prescriptions ou fins de non recevoir, dont nous avons déjà parlé en notre *Traité des Obligations, n.* 725 *et* 726.

La première est la prescription résultante du laps de deux ans courus depuis le décès de la partie, ou la révocation du mandat : les procureurs sont, après ce temps, non recevables à demander leurs salaires et déboursés, suivant le règlement de la cour, du 28 mars 1692.

Le règlement de la cour ne s'est expliqué, pour cette prescription de deux ans, que sur ces deux manières dont s'éteint le mandat du procureur. Il paroît qu'il y a même

(1) Un magistrat éclairé a eu la bonté de m'instruire que le Parlement avoit jugé contre cette opinion, et que le procureur qui avoit obtenu, à son profit, la distraction des dépens adjugés à sa partie sur un des chefs du jugement, n'étoit pas obligé de souffrir la compensation de ceux auxquels sa partie avoit été condamnée sur un autre chef, quoique par le même jugement. La cour a cru devoir porter jusques là la faveur de ces distractions, et établir pour règle générale, dans quelque cas que ce soit, que la créance des dépens dont le procureur se fait adjuger la distraction, est censée n'avoir jamais résidé qu'en sa personne, et non dans celle de sa partie, à qui ces dépens ont été adjugés.

raison d'étendre sa disposition aux autres manières dont s'éteint le mandat : en conséquence, le procureur me paroît devoir être déclaré non recevable deux ans après le jugement définitif de l'affaire, jugement par lequel le mandat a été consommé.

La seconde espèce de fin de non recevoir est la prescription de six ans, établie par le règlement de 1692, ci-dessus cité, *article* 2, qui porte que « les procureurs ne « pourront, dans les affaires non jugées, demander leurs « frais, salaires et vacations pour les procédures faites au- « delà de six années précédentes immédiatement, encore « qu'ils aient toujours continué d'y occuper, à moins qu'ils « ne les aient fait arrêter ou reconnoître par leurs parties ; « et ce, avec calcul de la somme à laquelle ils montent, « lorsqu'ils excèdent deux mille livres. »

La troisième espèce de prescription résulte de la restitution des pièces que le procureur a faite à sa partie : il en résulte une présomption qu'il a été entièrement payé ; c'est pourquoi on dit vulgairement au barreau, *pièces rendues, pièces payées.*

La quatrième espèce de prescription résulte du défaut de représentation du registre. Suivant un règlement de la cour, du 2 août 1692, les procureurs sont obligés d'avoir un registre sur lequel ils doivent inscrire les paiements qui leur sont faits par leurs parties ; et lorsque la partie à qui ils demandent le paiement de leurs salaires demande la représentation de ce registre, s'ils n'en ont point, ou s'ils ne le représentent pas, ils sont déclarés non recevables dans leur demande.

Toutes ces fins de non recevoir sont fondées seulement sur une présomption de paiement ; elles laissent au procureur le droit de déférer le serment décisoire à son client, s'il a payé, et à sa veuve et ses héritiers, s'ils ont connoissance que les salaires sont dus.

§. VI. Des manières dont finit le mandat *ad lites.*

139. Ce mandat finit, de même que les autres mandats,

par la mort naturelle ou civile du mandant, c'est-à-dire, de celui qui a chargé le procureur.

Néanmoins, suivant les principes que nous avons établis *suprà, n.* 106, tant qu'il ignore la mort de sa partie, la procédure qu'il continue de faire sous le nom du défunt, dont il ignore la mort, est valable.

Mais depuis qu'il a su ou qu'il est réputé avoir su la mort de sa partie, qui est devenue publique dans le lieu, il ne peut plus continuer sa procédure, jusqu'à ce qu'il ait repris l'instance pour les héritiers; et il a besoin pour cela d'un nouveau pouvoir de ces héritiers, celui du défunt étant expiré à sa mort : sans cela, il s'expose à être désavoué par les héritiers. Il peut seulement, et il doit, quoiqu'il n'ait pas encore reçu de pouvoir des héritiers, signifier aux procureurs des parties avec lesquelles le défunt étoit en instance, un acte par lequel il leur dénonce la mort de sa partie : c'est ce qui s'appelle un *exoine de mort.* Cet acte est nécessaire afin que les autres procureurs ne lui signifient plus rien.

Ce mandat finit aussi par le changement d'état de sa partie, comme lorsque sa partie passe par un mariage sous la puissance d'un mari; ou lorsqu'ayant été interdite pour cause de démence ou de prodigalité, elle passe sous la puissance d'un curateur. Le procureur a besoin, pour continuer d'occuper, d'un nouveau pouvoir du mari ou du curateur de sa partie, celui de sa partie étant éteint par son changement d'état.

140. Le mandat s'éteint aussi par la mort du procureur, ou lorsqu'il ne peut plus continuer ses fonctions, soit pour cause d'interdiction, soit parcequ'une autre personne, à qui il a résigné son office, y a été reçue.

141. Enfin le mandat s'éteint par la révocation, lorsque la partie révoque son procureur, et donne pouvoir à un autre procureur d'occuper à sa place. Cette révocation se fait par un acte de procédure par lequel le procureur que j'ai chargé de mon affaire à la place de celui que je veux révoquer, déclare que je révoque ce procureur, et qu'il se

constitue mon procureur à sa place. Cet acte se signifie tant au procureur révoqué qu'à ceux des parties avec lesquelles je suis en instance.

142. A l'égard de la manière dont s'éteint le mandat par la répudiation que fait le mandataire, il y a à cet égard de la différence entre les procureurs *ad lites*, et les mandataires ordinaires *ad negotia*. Celui-ci, comme nous l'avons dit *suprà, n.* 39, peut répudier le mandat qu'il a accepté, lorsque la chose est encore entière, ou pour cause de quelque légitime empêchement, *putà*, s'il lui survient à lui-même quelques affaires qui l'empêchent de vaquer à celle de son ami dont il s'est chargé. Au contraire, un procureur *ad lites* ne peut plus, après qu'il s'est constitué procureur, répudier le mandat, et il est obligé d'occuper jusqu'à ce que l'instance soit terminée.

143. Enfin, de même que le mandat *ad negotia* finit *finito negotio*, le mandat *ad lites* finit *finitâ lite*, soit par un jugement définitif, soit par une transaction, soit par un désistement pur et simple de la demande que la partie a donnée, ou par un acquiescement à celle qu'on a donnée contre elle.

ARTICLE II.

Des procureurs *omnium bonorum*.

§. I. Ce que c'est; et s'il y en a plusieurs espèces.

144. Un procureur *omnium bonorum* est celui à qui quelqu'un a donné une procuration générale pour faire toutes ses affaires.

Les docteurs ont coutume d'en distinguer deux espèces; savoir, les procureurs *omnium bonorum simpliciter*, et les procureurs *omnium bonorum cum liberâ*.

Ils appellent procureur *omnium bonorum simpliciter*, celui dont la procuration porte simplement que le mandant le charge de toutes ses affaires.

Ils appellent procureur *cum liberâ*, celui dont la procuration porte que le mandant lui confie *la libre* administration de ses affaires, et lui donne une entière liberté de

faire, par rapport à ses affaires, tout ce qu'il jugera à propos.

Ils prétendent que le pouvoir de ces procureurs *cum liberâ* est beaucoup plus étendu que celui des procureurs *omnium bonorum simpliciter*, et que la différence de leur pouvoir consiste principalement en ce que le procureur *omnium bonorum simpliciter* n'a le pouvoir de vendre que les fruits des récoltes et les choses périssables, au lieu que le procureur *cum liberâ* a le pouvoir d'aliéner.

Ils fondent principalement leur distinction sur les lois 58 et 63, ff. *de procurat.* La loi 63 n'accorde au procureur *omnium bonorum* le pouvoir d'aliéner que les choses périssables, et les fruits des récoltes : *Procurator* TOTORUM BONORUM *res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus aut alias res quæ facilè corrumpi possunt;* d. l. 63.

Au contraire, la loi 58 paroît accorder au procureur *cum liberâ* le pouvoir d'aliéner : *Procurator cui generaliter* LIBERA *administratio rerum commissa est, potest exigere, aliud pro alio permutare;* d. l. 58 *: sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus;* l. 59. La loi 9, §. 4, ff. *de acquir. rer. dominio*, paroît aussi accorder ce pouvoir au procureur *cum liberâ;* il y est dit : *Si cui* LIBERA *negotiorum administratio ab eo qui peregrè proficiscitur permissa fuerit, et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis.*

Justinien s'exprime dans les mêmes termes au titre des Institutes, *de rer. divis.* §. 43.

145. Cette distinction des procureurs *omnium bonorum simpliciter*, et des procureurs *cum liberâ*, quoique reçue par presque tous les docteurs, a été rejetée par Duaren, Doneau et quelques autres. Vinnius, *select. quæst.* 1, 9, la combat *ex professo.* Il soutient que les termes de *procurator omnium rerum, omnium bonorum, totorum bonorum*, et ceux-ci, *cui libera administratio rerum* (ou *negotiorum*) *concessa est*, employés dans différens textes

de droit, sont entièrement synonymes, et que ces différents termes n'expriment autre chose qu'un procureur *fondé de procuration générale*; que ces termes par lesquels il est dit dans une procuration, que le mandant accorde à son procureur *la libre* administration de ses affaires, et lui donne pouvoir de faire, par rapport à ses affaires, tout ce qu'il jugera à propos, sont des termes qui n'ajoutent rien à ceux par lesquels le mandant donne simplement pouvoir à quelqu'un de gérer toutes ses affaires, sans rien dire davantage.

A l'égard des textes du droit par lesquels on prétend établir que le procureur *cum liberâ* a le pouvoir d'aliéner, qui est refusé au procureur *omnium bonorum simpliciter*, Vinnius répond, que ce qui est dit en la loi 58, que le procureur *cui libera administratio concessa est*, peut *aliud pro alio permutare*, ne doit pas s'entendre en ce sens, que ce procureur ait un pouvoir indéfini d'aliéner à son gré les choses qui font partie des biens dont il a l'administration; mais en ce sens, qu'il peut faire seulement les aliénations qu'exige l'administration qui lui est confiée : en quoi Vinnius prétend que ce procureur n'est pas différent du procureur *omnium bonorum simpliciter*, à qui la loi 63 défend l'aliénation tant des meubles que des immeubles qui font partie des biens dont il a l'administration; car cette défense n'est pas absolue, et elle doit s'entendre avec cette limitation, si ce n'est autant que l'exigera l'administration des biens qui lui est confiée. C'est pourquoi la même loi permet expressément au procureur *omnium bonorum* la vente des choses périssables et des récoltes.

A l'égard de la loi 9, §. 4, *de acquir. rer. dom.*, et du texte des Institutes au titre *de rer. divis.* §. 43, où il est dit que celui *cui permissa est libera rerum administratio*, vend valablement et transfère à l'acheteur la propriété des choses qui font partie des biens dont l'administration lui est confiée, Vinnius répond pareillement que ces textes doivent s'entendre, non indistinctement de toutes les ventes que le procureur auroit faites, mais de celles qu'exigeoit

l'administration dont il étoit chargé ; en quoi il n'a rien de plus que le procureur *omnium bonorum simpliciter.*

Quoique les raisons de Vinnius contre la distinction ordinaire paroissent assez plausibles, je n'oserois pas néanmoins décider entre son opinion et l'opinion commune : *lectoris erit judicium.*

146. Au reste, quand même on admettroit, avec Vinnius, que les termes employés dans une procuration générale, par lesquels il est dit que le mandant donne à son procureur *la libre* administration de ses affaires, *et une entière liberté de faire, par rapport auxdites affaires, tout ce qu'il jugera à propos,* n'ajoutent rien, il n'est pas douteux néanmoins qu'on peut, par des clauses moins vagues et plus précises, étendre le pouvoir que renferment ordinairement les procurations générales, de même qu'on peut aussi le restreindre.

147. Quand même une procuration générale ne contiendroit aucune clause particulière, je crois qu'elle peut, par les circonstances, recevoir plus ou moins d'étendue. Par exemple, lorsque celui qui a donné à quelqu'un une procuration générale pour gérer ses affaires, demeure sur le lieu ou dans un lieu peu éloigné de celui où se fait la gestion de ses affaires, je pense qu'il est ordinairement présumé en ce cas n'avoir voulu comprendre dans sa procuration générale que ses affaires courantes et ordinaires, et que si depuis sa procuration il survenoit quelque affaire extraordinaire qui n'eût pas été prévue lors de la procuration, cette affaire ne devroit pas y être facilement présumée comprise. Le procureur *omnium bonorum* étant en ce cas à portée d'en instruire le mandant avant que de l'entreprendre, ne doit pas l'entreprendre sans l'en avoir informé, et sans avoir reçu de lui pour cela un pouvoir spécial.

Au contraire, lorsque celui qui a laissé à quelqu'un une procuration générale, est parti pour les îles de l'Amérique, ou pour quelque autre pays éloigné, où il doit faire un long séjour, et où il n'est pas à portée de prendre par lui-même

connoissance des affaires qui lui surviendroient pendant son absence ; en ce cas on doit donner plus d'étendue à sa procuration, et on doit présumer qu'elle comprend non seulement ses affaires ordinaires, mais toutes les affaires extraordinaires qui surviendroient pendant son absence.

§. II. De ce que comprennent les procurations générales.

148. Une procuration générale comprend tout ce qui appartient à l'*administration* des biens du mandant, qui est confiée au procureur *omnium bonorum*, établi par cette procuration : ce qui est *disposition* plutôt qu'*administration*, en excède les bornes.

Suivant cette définition, un procureur *omnium bonorum* peut, 1° faire des baux à ferme ou à loyer des biens du mandant, ou les faire valoir par ses mains.

Il ne peut faire de baux à ferme ou à loyer que pour le temps pour lequel il est d'usage dans le pays de les faire : ce temps est tout au plus de neuf ans. Ceux faits pour un temps plus long tiennent de l'aliénation, et excèdent par conséquent les bornes de l'administration.

Il y a néanmoins des cas particuliers dans lesquels je pense que des baux faits pour un temps plus long ne seroient pas censés excéder les bornes de l'administration qui est confiée par une procuration générale; tel est le cas auquel l'objet du bail seroit un terrein inculte qu'on donneroit par bail à rente, pour être défriché et planté en vignes, le temps de neuf ans n'étant pas en ce cas suffisant pour dédommager le preneur des avances qu'il est obligé de faire dans les premières années, sans en retirer de fruits : je pense qu'un procureur *omnium bonorum* n'excède pas en ce cas les bornes de l'administration, en faisant un bail de vingt-sept ans.

149. 2° Il peut faire toutes les emplettes nécessaires pour mettre en valeur les biens qu'il fait valoir par ses mains. Par exemple, il peut acheter le fumier et les échalas qu'il faut mettre dans les vignes, les tonneaux pour

recevoir le vin des récoltes, le poisson pour peupler les étangs, etc.

3° Il peut faire les marchés avec les ouvriers pour toutes les réparations qui sont à faire aux biens du mandant, et acheter les matériaux nécessaires pour les faire.

150. 4° Il peut recevoir ce qui est dû au mandant, et en donner de valables quittances aux débiteurs; l. 34, §. 3, ff. *de solut.*

Peut-il recevoir le rachat des rentes rachetables, et en donner quittance au débiteur? Je crois qu'il le peut. Quoique ce rachat contienne une aliénation de la rente, néanmoins ce rachat, ne pouvant être refusé, paroît devoir être compris dans les choses qui concernent l'administration.

Un procureur *omnium bonorum* peut donner valable décharge aux débiteurs, non seulement en recevant le paiement réel de ce qu'ils doivent; il peut les décharger d'une obligation, pour une autre obligation que ces débiteurs, ou d'autres pour eux, contractent à la place de celle dont il les décharge, lorsque cela se fait pour le bien des affaires du mandant. La loi 20, §. 1, ff. *de novat.*, dit expressément que *procurator omnium bonorum novare potest*, de même qu'un tuteur le peut, *si hoc pupillo expediat.*

151. 5° Le procureur *omnium bonorum* peut aussi contraindre les débiteurs au paiement en faisant sur eux, sous le nom du mandant, des saisies mobiliaires, en vertu des titres exécutoires qu'il a entre les mains.

Quoique la saisie réelle des immeubles des débiteurs paroisse aussi appartenir à l'administration, néanmoins comme les saisies réelles engagent aujourd'hui dans des frais si immenses, qu'il est souvent plus avantageux à un créancier de laisser perdre sa créance que d'en venir à une saisie réelle, je pense qu'on ne doit pas laisser à la discrétion d'un procureur *omnium bonorum* d'engager le mandant dans les frais d'une saisie réelle, et que lorsqu'il en faut venir là, il doit consulter le mandant, et lui demander une procuration spéciale.

Le principe que nous venons d'établir, qu'une procuration générale donne le pouvoir de poursuivre au nom du mandant tous les débiteurs du mandant, pour le paiement de ce qu'ils lui doivent, souffre exception à l'égard d'un débiteur qui auroit lui-même une procuration générale pour gérer, aussi bien que celui qui lui demande le paiement de sa dette; car étant lui-même le procureur *omnium bonorum* de son créancier, il a le droit de se payer à lui-même ce qu'il doit au mandant, dont il lui fera raison dans le compte qu'il aura à lui rendre de son mandat : c'est pourquoi il est bien fondé à en refuser le paiement à l'autre procureur, à moins que l'autre procureur n'eût une procuration spéciale pour l'exiger de lui. C'est ce qu'enseigne Julien : *Qui duos procuratores omnium rerum suarum relinquit, nisi nominatim præcepit ut alter ab altero pecuniam petat, non videtur mandatum utrilibet eorum dedisse;* l. 47, ff. *de procur.; adde* l. 48.

Si le procureur *omnium bonorum* avoit fait mal-à-propos des poursuites contre des personnes qui ne doivent rien au mandant, il auroit excédé les bornes de sa procuration, qui lui donnoit bien le pouvoir de poursuivre les débiteurs du mandant, mais non ceux qui ne lui doivent rien; à moins qu'il n'eût eu un juste sujet de les croire débiteurs : comme s'il avoit trouvé les titres de créance parmi les papiers du mandant, et qu'il n'eût pu avoir connoissance du paiement avant les poursuites.

152. 6° Un procureur *omnium bonorum* peut aussi, sous le nom du mandant, donner des demandes en justice contre les débiteurs contre lesquels il n'y a pas de titre exécutoire. Pareillement, si ceux contre lesquels il y a des titres exécutoires forment opposition aux poursuites qui sont faites contre eux, il peut donner contre eux, sous le nom du mandant, demande pour en avoir main-levée; il peut aussi, sous le nom du mandant, intenter ses actions possessoires pour s'opposer aux entreprises et aux troubles qui seroient faits à la possession du mandant : il peut pareillement donner des demandes pour passer titre nouvel;

former opposition au décret pour la conservation des droits du mandant.

Toutes ces actions étant choses qui appartiennent à l'administration des biens du mandant, le procureur *omnium bonorum* qui a cette administration doit avoir le pouvoir de les intenter et de les poursuivre, si elles sont bien fondées, ou s'il a un juste sujet de croire qu'elles le sont, sans que le mandant puisse être reçu à désavouer les procureurs et huissiers que son procureur *omnium bonorum* en auroit chargés : *Si omnium rerum mearum procurator... placuit eum etiam rem in judicium deducere ;* l. 12, ff. *de pact.*

153. A l'égard des autres demandes que le mandant prétend avoir droit d'intenter, qui ne peuvent passer pour faire partie de ses affaires courantes et ordinaires, le procureur *omnium bonorum* ne doit être présumé avoir le pouvoir de les intenter que selon la distinction que nous avons faite *suprà, n.* 147.

Même à l'égard des actions qui n'ont d'autre objet que de faire payer un débiteur, lorsqu'elles souffrent beaucoup de difficulté et qu'elles peuvent donner lieu à de gros frais, le procureur *omnium bonorum*, qui est à portée de consulter le mandant, ne doit pas les intenter sous le nom du mandant sans l'avoir consulté, et sans avoir reçu de lui pour cela un pouvoir spécial. Pareillement, si sur une demande donnée par le procureur, sous le nom du mandant, pour le paiement d'une dette qui paroissoit ne pas souffrir de difficulté, le juge avoit néanmoins donné congé de la demande, il ne devroit interjeter appel au parlement qu'après avoir consulté le mandant et en avoir reçu un ordre spécial.

154. Quelque étendue que soit une procuration générale, elle ne peut s'étendre aux demandes criminelles qui s'intentent par la voie de plainte. L'ordonnance de 1670, *tit.* 3, *art.* 4, veut que la plainte soit signée par le plaignant ou par un procureur spécial.

155. De même que le procureur *omnium bonorum* peut, sous le nom du mandant, donner des demandes en justice,

il peut aussi, sous le nom du mandant, défendre à celles qui seroient données contre le mandant lorsqu'il les trouve mal fondées, ou y acquiescer lorsqu'il les trouve bien justifiées, et qu'il n'a rien à opposer contre.

Ce principe a lieu pour toutes sortes de demandes, lorsque le procureur n'est pas à portée d'en donner avis au mandant. Mais lorsqu'il est à portée de lui en donner avis, il ne doit y défendre sans l'avoir consulté et sans un ordre particulier, que lorsque le congé ne souffre pas de difficulté, ni y acquiescer que lorsque la justice de la demande est évidente.

156. 7° Lorsqu'un procureur *omnium bonorum* n'a pas la preuve d'une créance du mandant, il a le pouvoir de déférer le serment décisoire au débiteur : *Procurator quod detulit (jusjurandum) ratum habendum est, si aut universorum bonorum administrationem sustinet, aut si id nominatim mandatum sit;* l. 17, §. *fin.*, ff. *de jurej.*

Ce qui doit être restreint au cas auquel les règles d'une bonne administration demandent qu'on ait recours à cette dernière ressource, c'est-à-dire, lorsqu'il n'y a pas d'espérance d'avoir des preuves. En cela le procureur *omnium bonorum* est semblable à un tuteur, à l'égard duquel Paul dit : *Tutor pupilli omnibus probationibus aliis deficientibus jusjurandum deferens audiendus est;* l. 35, ff. *de jurej.* Hors ce cas, le procureur *omnium bonorum*, de même que le tuteur, excèderoit son pouvoir s'il déféroit le serment au débiteur sur une créance ou un droit qui peut s'établir par de bonnes preuves.

157. 8° Vinnius fait la même distinction à l'égard de la transaction, qu'à l'égard du serment décisoire.

Ces deux cas étant assez semblables, le serment décisoire renfermant une espèce de transaction, l. 2, ff. *de jurejur.*, il prétend que ce que Paul dit en la loi 60, ff. *de procur. : Mandato generali non contineri transactionem decidendi causâ interpositam*, ne doit s'entendre que du cas auquel le droit sur lequel ce procureur a transigé, pouvoit s'établir par de bonnes preuves. Il convient que la tran-

saction, en ce cas, excède les bornes du pouvoir du procureur *omnium bonorum*, parceque le procureur qui n'a que le pouvoir d'administrer n'a pas celui de disposer et de rien relâcher des droits du mandant. Mais lorsque les preuves du droit du mandant sont très-équivoques, le procureur *omnium bonorum*, en transigeant conformément aux règles d'une bonne administration, ne paroît pas à Vinnius excéder en ce cas son pouvoir. Il tire argument pour cette distinction de ce qui est dit en la loi 12, *cod. de transact.*, à l'égard des administrateurs des biens des villes, qui sont des espèces de procureurs *omnium bonorum*. La loi dit : *Præses provinciæ existimabit utrùm de dubiâ lite transactio inter te et civitatis tuæ administratores facta sit, an ambitiosè id quod indubitatè deberi posset remissum sit; nam priore casu ratam manere transactionem jubebit, etc.*

Je pense qu'on ne doit pas facilement accorder au procureur *omnium bonorum* le pouvoir de faire des transactions ; car ces cas renferment une disposition des biens et des droits du mandant, dont, par la transaction, on relâche une partie, plutôt qu'une simple administration de ses biens. Pour accorder ou refuser ce pouvoir au procureur *omnium bonorum*, on doit avoir égard à plusieurs circonstances, telles que sont l'éloignement du mandant, l'importance de l'affaire, si elle n'est née que depuis la procuration, etc.

Lorsque le mandant n'est pas assez éloigné pour que son procureur ne puisse facilement le consulter sur ses affaires extraordinaires qui peuvent survenir, la présomption est que le mandant, par la procuration générale qu'il lui a donnée, n'a entendu le charger que de ses affaires courantes et ordinaires, qui ne souffrent pas de difficulté. C'est pourquoi le procureur *omnium bonorum* excède dans ce cas son pouvoir, si, sur un procès qu'on a fait au mandant, il transige sans l'avoir consulté et sans avoir reçu un pouvoir spécial de lui pour cela : cette transaction est une affaire extraordinaire qui n'est pas présumée comprise dans la procuration. Au contraire, lorsque le mandant a laissé

une procuration générale en partant pour des pays éloignés, où son procureur n'est pas à portée de pouvoir le consulter sur les affaires extraordinaires qui peuvent lui survenir, l'administration de ces affaires extraordinaires doit en ce cas être présumée comprise dans la procuration, aussi bien que le pouvoir d'en transiger, lorsque la prudence et les règles d'une bonne administration semblent l'exiger.

Observez aussi que lorsque le procès a été commencé par le mandant avant la procuration, et qu'il a témoigné vouloir le soutenir, on ne doit pas facilement présumer qu'il ait voulu donner à son procureur le pouvoir d'en transiger, à moins que depuis son départ le procès n'eût changé de face, à cause des pièces produites par la partie adverse, dont le mandant n'avoit pas de connoissance : en ce cas le procureur qui n'est pas à portée de consulter le mandant, n'excède pas son pouvoir, non seulement en transigeant, mais même lorsque les pièces de la partie adverse sont entièrement décisives, en se désistant purement et simplement de la demande donnée contre cette partie par le mandant, ou en acquiesçant à celle qu'elle avoit donnée.

158. 9° Le procureur *omnium bonorum* peut, des deniers de son administration, payer les créanciers du mandant : *Quùm quis procuratorem omnium rerum suarum constituit, id quoque mandare videtur, ut creditoribus suis pecuniam solvat;* l. 87, ff. *de solut.;* l. 59, ff. *de procur.*

Lorsqu'il n'y a pas de dettes exigibles à acquitter, il peut employer ces deniers au rachat des rentes dues par le mandant; car il est évident qu'il ne peut pas en être fait un emploi plus utile.

Lorsqu'il n'y a ni dettes exigibles, ni rentes à acquitter, le procureur *omnium bonorum* a-t-il le pouvoir de faire, à son choix, tel emploi qu'il jugera à propos des deniers provenus de son administration, en constitution de rentes ou en achat d'héritages, lorsque la procuration n'en porte rien ? Je crois qu'on peut décider cette question par la distinction que nous avons déjà faite. Si la procuration a été donnée par une personne qui partoit pour un voyage de

long cours, d'où il ne devoit revenir qu'après un long temps, on doit donner cette étendue à la procuration, y ayant présomption en ce cas qu'il a laissé ce choix à son procureur, qui ne seroit pas à portée de le consulter. Mais je crois qu'il en doit être autrement lorsque le mandant demeure dans un lieu qui n'est pas assez éloigné pour que son procureur ne puisse facilement le consulter sur l'emploi qu'il veut qu'on fasse des deniers provenus de l'administration de ses affaires. Je crois qu'en ce cas le procureur doit consulter le mandant, et attendre les ordres pour faire l'emploi : cet emploi n'est point en ce cas présumé avoir été laissé à son choix, s'il n'y en a pas une clause expresse dans la procuration.

159. 10° A l'égard de l'aliénation des choses qui font partie des biens du mandant, la procuration générale ne donnant au procureur *omnium bonorum* que l'administration desdits biens, et non la disposition, il s'ensuit que le pouvoir renfermé dans cette procuration se borne aux aliénations qu'exige l'administration, et ne s'étend pas aux autres. C'est en conséquence de ce principe que Modestin ne permet à son procureur que la vente des fruits des récoltes, et celle des choses périssables : *Procurator totorum bonorum cui res administrandæ mandatæ sunt, res domini neque mobiles vel immobiles, neque servos sine speciali domini mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res quæ facilè corrumpi possunt;* l. 63, ff. *de procur.*

Il peut encore y avoir quelques autres ventes qui entrent dans l'administration, et qui en conséquence sont permises au procureur *omnium bonorum; Arg.* l. 12 *et fin.*, ff. *de cur. fur.*

Mais toutes les autres aliénations que n'exige pas l'administration, ne sont pas permises au procureur *omnium bonorum.*

En cela le pouvoir de ces procureurs, par rapport aux biens dont l'administration leur est confiée, est moindre que n'étoit par le droit romain le pouvoir des esclaves et des enfants de famille, par rapport aux biens de leur pécule,

dont l'administration leur étoit confiée : ceux-ci avoient le pouvoir d'aliéner à leur gré les choses qui en faisoient partie; l. 28, ff. *de pign. act. et passim.* La raison de différence est, que le pécule étoit comme une espèce de patrimoine de l'esclave et de l'enfant de famille, distingué du patrimoine du maître ou du père, que le maître ou le père leur permettoit d'avoir : *Peculium dictum..... quasi patrimonium pusillum..... quod servus domini permissu separatim à rationibus dominicis habet;* l. 5, §. 3 et 4, ff. *de pecul. et passim.* Le maître ou le père, en permettant ou à l'esclave ou à l'enfant d'avoir ce pécule comme un petit patrimoine, c'étoit une conséquence que l'administration qu'il leur en accordoit, renfermât le pouvoir d'en disposer comme de choses qui leur appartenoient en quelque façon. Au contraire, les biens dont un procureur *omnium bonorum* a l'administration, ne pouvant être regardés comme son patrimoine, c'est une conséquence que l'administration qui lui en est donnée par une procuration générale, ne peut être regardée que comme une administration simple, qui ne renferme point le pouvoir d'en disposer à son gré, et qui ne peut par conséquent permettre au procureur que les ventes que l'administration exige.

160. 11° De même que le procureur *omnium bonorum* ne peut aliéner les biens dont il a l'administration, qu'autant que l'exige cette administration, il ne peut pareillement les engager et hypothéquer qu'autant que l'exige son administration.

Par exemple, il hypothèque tous les biens du mandant aux obligations qu'il contracte par des actes devant notaires, lorsqu'elles sont dépendantes de son administration, telles que sont celles qu'il contracte, par les marchés, avec des marchands, artisans ou ouvriers, pour des réparations aux biens, ou pour les faire valoir.

Il peut aussi les obliger pour des emprunts de sommes modiques qui tendent à quelqu'une de ces fins, lorsqu'ils sont faits par actes devant notaires.

Mais si, quoiqu'en son nom de procureur, il faisoit

des emprunts de sommes considérables qui excédassent les bornes de son administration, ou de sommes dont on ne verroit pas l'emploi, il excéderoit en ce cas son pouvoir, et il n'obligeroit ni la personne ni les biens du mandant.

Non seulement le procureur *omnium bonorum* peut, lorsque son administration l'exige, contracter en son nom de procureur des obligations sous l'hypothèque générale des biens du mandant; il peut aussi, lorsque son administration l'exige, donner en nantissement des effets particuliers des biens dont il a l'administration, sur-tout si le mandant dont il gère les affaires, étoit lui même dans l'usage d'emprunter sur gages, l. 12, ff. *de pignor. act.*

161. 12° Un procureur *omnium bonorum* a, par la procuration générale qui lui a été donnée, le pouvoir d'accepter les donations qui sont faites au mandant. L'ordonnance de 1731, *art.* 5, dit expressément, que les donations doivent être acceptées par le donataire, ou par son *procureur général ou spécial.*

Par la même raison, ce procureur peut, en son nom de procureur, recevoir la délivrance des legs, soit particuliers, soit universels, faits à son mandant, ou en poursuivre le saisissement en justice sous le nom du mandant.

162. Mais une procuration générale n'est pas suffisante pour que ce procureur puisse, en son nom de procureur, accepter une succession qui seroit déférée à celui qui lui a donné la procuration.

La raison de différence est évidente. L'acceptation d'une donation, même universelle, et d'un legs même universel, ne peut jamais être préjudiciable au donataire ou légataire universel; car quoique les donataires ou légataires universels soient tenus des dettes, ils n'en sont tenus que jusqu'à concurrence des biens qui leur ont été donnés ou légués, et il est toujours de leur pouvoir de se décharger des dettes en abandonnant et rendant compte des biens. C'est pourquoi l'acceptation des donations ou legs ne pouvant être qu'une bonne affaire pour celui à qui ils sont faits, il est présumé l'avoir comprise dans la procuration qu'il a donnée

à quelqu'un de faire toutes ses affaires. Au contraire, l'acceptation d'une succession fait contracter à celui qui l'accepte, une obligation de payer toutes les dettes de la succession, tant les inconnues que les connues, quand même elles excéderoient infiniment les forces de cette succession. Or, celui qui a donné à quelqu'un une procuration générale de faire toutes ses affaires, n'est pas présumé lui avoir donné un pouvoir de lui faire contracter des obligations indéfinies; et par conséquent le pouvoir d'accepter une succession ne doit pas être présumé compris dans une procuration générale. C'est pourquoi si un procureur qui n'a qu'une procuration générale, donne à son mandant une qualité d'héritier dans quelque acte qui concerne les affaires d'une succession déférée à son mandant, ou s'il se met au nom de son mandant, et à son insu, en possession des biens de cette succession, et en dispose au nom de son mandant, le mandant pourra le désavouer, et sera reçu à renoncer à cette succession, en rendant compte de ce dont il auroit profité des biens de cette succession, dont le procureur s'est mis en possession.

Il en seroit autrement si c'étoit à son vu et su que son procureur se fût mis en possession des biens de cette succession; car en le souffrant, il est censé s'être lui-même, par le ministère de son procureur, mis en possession des biens de cette succession, et avoir lui-même fait acte d'héritier : en laissant faire son procureur, il est censé lui avoir donné un pouvoir spécial tacite de le faire. Voyez *suprà*, *n.* 29.

Quoiqu'un procureur qui n'a qu'une procuration générale n'ait pas le pouvoir d'accepter, au nom de son mandant, une succession déférée à ce mandant, il est néanmoins de son devoir de faire, en la qualité qu'il a, procéder à l'inventaire des effets et des titres de cette succession, et de faire tous les actes conservatoires qui sont à faire pour conserver les biens de cette succession à son mandant : il doit lui en donner avis, et attendre ses ordres. Si le procureur n'étoit pas à portée de consulter le mandant, *putà*,

parcequ'il voyage dans des pays éloignés, le procureur peut se mettre en possession des biens de la succession, procéder à la vente des meubles, payer les créanciers qui se présenteroient les premiers. Il ne préjudicie point en cela au mandant, lequel, dans le cas où il surviendroit plus de dettes qu'il n'y a de biens, peut, à son retour, renoncer à la succession, en rendant compte des biens dont son procureur s'est mis en possession : car il n'a pu être engagé dans une qualité d'héritier par tout ce qui s'est fait à son insu.

163. Le procureur qui n'a qu'une procuration générale, peut-il renoncer à une succession déférée à son mandant ? Il n'y a lieu à cette question que dans le cas auquel le mandant est assigné et poursuivi par les créanciers de cette succession ; car tant qu'il n'est pas poursuivi, il est évident que son procureur ne doit pas renoncer pour lui à la succession, rien ne l'y obligeant.

Dans le cas auquel le mandant est poursuivi pour prendre qualité, il faut avoir recours à notre distinction. Si le mandant n'est pas assez éloigné pour qu'on ne puisse l'instruire des poursuites qu'on fait contre lui, je pense que son procureur doit l'en instruire et attendre ses ordres ; et jusqu'à ce qu'il ait reçu un pouvoir spécial, il n'est pas partie capable de renoncer à la succession pour son mandant. Mais si le mandant est en voyage de long cours, et qu'on ne puisse lui donner avis des poursuites, je pense que le procureur est censé avoir en ce cas reçu, par sa procuration générale, le pouvoir de renoncer à la succession pour son mandant, afin d'éviter les condamnations qui interviendroient contre le mandant, faute de prendre qualité.

C'est avec cette distinction que je crois que doit être entendue la décision de la loi 65, §. 7, ff. *pro socio*, où il est dit qu'un procureur *omnium bonorum* peut, aussi bien qu'un procureur spécial, renoncer à une société que le mandant avoit contractée avec des tiers, et la dissoudre. Je pense que le procureur *omnium bonorum* n'a ce pouvoir que lorsque deux choses concourent, et qu'il faut

pour cela, 1° que le mandant soit dans un lieu si éloigné, que le procureur ne soit pas à portée de le consulter; 2° qu'eu égard à des circonstances nouvellement survenues, il y ait un intérêt évident des affaires du mandant, qui exige la renonciation à la société; autrement je ne pense pas que ce procureur qui n'a que l'administration, et non la disposition des biens du mandant, ait le pouvoir de rompre une société que le mandant a jugé à propos de contracter.

164. Quelque étendue que soit une procuration générale, elle ne donne pas au procureur le pouvoir de disposer par donation d'aucune chose des biens dont on lui a donné la gestion. Les lois romaines refusoient ce pouvoir au fils de famille par rapport aux choses qui faisoient partie de son pécule, dont son père lui avoit accordé la libre administration, quoique ce pécule fût regardé comme étant en quelque façon le propre patrimoine du fils : *Filius-familiâs donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat;* l. 17, ff. *de donat.* A plus forte raison ce pouvoir doit-il être refusé au procureur *omnium bonorum*, quelque étendue qu'on ait donnée à sa procuration; les biens que ce procureur administre ne pouvant être considérés sous aucun respect comme son propre patrimoine.

C'est une conséquence de ce principe, que le procureur *omnium bonorum* n'a pas le pouvoir de faire une remise gratuite de quelque droit qui appartiendroit au mandant, une telle remise, lorsqu'elle est gratuite, étant une véritable donation.

C'est sur ce fondement que Gaïus décide qu'un procureur *omnium bonorum* ne peut pas, s'il n'a un pouvoir spécial, donner un consentement valable pour la remise d'un droit d'hypothèque qui appartient au mandant : *Videamus si procurator omnium bonorum consensit. . . . . an teneat consensus? et dicendum est non posse, nisi hoc specialiter mandatum est;* l. 7, §. 1, ff. *quom. pign. solv.*

165. Il y a néanmoins certaines remises qui peuvent être

regardées comme appartenantes à l'administration, et qui en conséquence n'excèdent pas le pouvoir d'un procureur *omnium bonorum.*

Telles sont les remises que des créanciers, dans le cas d'une faillite de leur débiteur, lui font d'une partie de leur créance par contrat d'atermoiement, pour se conserver le surplus, et dans la crainte de perdre tout. Je crois qu'un procureur *omnium bonorum* peut, sans un pouvoir spécial, se joindre avec les autres créanciers d'un débiteur de son mandant, pour faire en ce cas au débiteur les remises que l'intérêt des créanciers paroît exiger qu'on lui fasse : cela sur-tout ne peut souffrir de difficulté lorsque le mandant est trop éloigné pour que le procureur soit à portée de le consulter.

Un autre exemple de remise qui n'excède pas le pouvoir d'un procureur *omnium bonorum*, est celle qu'il feroit d'une partie d'un profit seigneurial, par composition, à des personnes qui sont sur le point d'acquérir des héritages dans la mouvance d'une seigneurie, dépendante des biens dont il a l'administration : une telle remise étant faite pour l'intérêt du mandant, afin de faciliter l'acquisition qui doit donner ouverture au profit, et dans la crainte de la faire manquer, si on usoit d'une trop grande rigueur, ne paroît point excéder les bornes de l'administration confiée à ce procureur, pourvu qu'elle ne soit pas excessive.

Même dans le cas auquel l'acquéreur n'auroit pas composé du profit avant son acquisition, et auquel par conséquent le mandant auroit le droit d'exiger le profit entier, je crois que son procureur *omnium bonorum* n'excède pas les bornes de son pouvoir en faisant la remise d'une partie du profit, telle que les seigneurs ont coutume de la faire le plus communément, sur-tout si le mandant avoit été lui-même dans l'usage de faire ces remises avant la procuration, pendant qu'il administroit ses biens par lui-même.

Au contraire, si le mandant, pendant le temps qu'il administroit par lui-même, étoit dans l'usage de ne point

faire de remise, la présomption est en ce cas que le mandant n'a pas eu intention d'accorder à son procureur le pouvoir de faire des remises; c'est pourquoi, s'il en faisoit, il excéderoit les bornes de son pouvoir.

166. Enfin, quelque étendue que le mandant ait donnée à sa procuration, le procureur n'a le pouvoir de faire d'autres contrats que ceux par lesquels il croit de bonne foi faire utilement les affaires du mandant; et il n'est pas douteux qu'il excède les bornes de son pouvoir toutes les fois que, pour favoriser des tiers, et en fraude des intérêts du mandant, il dispose des biens dont l'administration lui a été confiée.

C'est pourquoi tout ce qu'il paroît avoir fait dans ces vues, n'est pas valable, et n'engage pas le mandant.

C'est ce qu'enseigne Scævola, dans l'espèce d'une procuration conçue en ces termes : *Concedo tibi de omnibus meis negotiari, sive vendere vis, sive pacisci, sive quodcumque operari, ut domino omnium meorum, me omnia firma esse à te facta existimante, et non contrarium dicente tibi ad ullam operationem. Quæsitum est si quid non administrandi animo, sed fraudulenter alienasset vel mandasset, an valeret? Respondi eum de quo quæreretur, plenè quidem, sed quatenùs res ex fide agenda esset, mandasse;* l. 60, §. 4, ff. *mand.*

Il n'est pas douteux aussi qu'un procureur *omnium bonorum*, quelque étendue que soit sa procuration, en excède les bornes lorsqu'il dispose, pour son intérêt particulier, des biens dont on lui a donné l'administration. *d.* §. 4.

APPENDICE.

Du quasi-contrat NEGOTIORUM GESTORUM.

167. Lorsque quelqu'un fait l'affaire d'un autre, sans aucun ordre et à son insu, il n'intervient entre eux aucun contrat de mandat, le contrat de mandat, de même que tous les autres contrats, étant une convention qui ne peut se former que par le consentement et le concours des volontés des deux parties.

A défaut de contrat, cette gestion forme un quasi-contrat entre les parties, qui produit entre elles des obligations semblables à celles que produit le contrat de mandat.

Celui qui a fait la gestion contracte, de même qu'un mandataire, l'obligation de rendre compte de sa gestion à celui de qui il a fait l'affaire, et de lui rendre ce qui lui est parvenu de cette gestion; et celui de qui on a fait l'affaire à son insu, contracte l'obligation d'indemniser celui qui l'a faite de ce qu'il lui en a coûté.

Ce quasi-contrat a pour fondement l'équité naturelle, qui veut que celui qui s'ingère à faire les affaires d'un autre soit tenu d'en rendre compte, et qui ne permet pas que celui dont on a fait les affaires puisse en profiter, sans indemniser celui qui les a faites.

Nous verrons sur ce quasi-contrat, 1° quelles choses sont requises pour le former; 2° nous traiterons des obligations qu'il produit.

SECTION PREMIÈRE.

Quelles choses sont requises pour former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

Plusieurs choses sont requises pour former ce quasi-contrat : 1° il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la matière de ce quasi-contrat, et qu'il y ait deux personnes

dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartient; 2° il faut que celui qui l'a gérée l'ait gérée sans l'ordre et à l'insu de celui à qui l'affaire appartient; 3° il faut au moins, selon la subtilité du droit, que celui qui l'a gérée ait eu intention de faire l'affaire de celui qu'elle concernoit; et il faut sur-tout qu'il ait eu une intention formelle ou virtuelle de se faire rembourser de ce qu'il lui en coûteroit.

ARTICLE PREMIER.

Il faut qu'il y ait une affaire dont la gestion soit la matière du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et qu'il y ait deux personnes dont l'une ait géré l'affaire, et dont l'autre soit celle à qui l'affaire appartenoit.

168. Il est évident qu'il ne peut y avoir de quasi-contrat *negotiorum gestorum* sans une affaire dont la gestion soit la matière de ce quasi-contrat : au reste, il n'importe que ce soit la gestion d'une affaire unique, ou la gestion de plusieurs affaires : *Negotia sic accipe, sive unum, sive plura;* l. 3, §. 2, ff. *de neg. gest.*

169. Il n'est pas moins évident qu'il ne peut y avoir de quasi-contrat *negotiorum gestorum* sans deux personnes, dont l'une gère l'affaire et dont l'autre soit celle à qui appartient l'affaire qui est gérée.

C'est pourquoi si quelqu'un a fait une affaire qui ne concernoit que lui, qui étoit sa propre affaire et non celle d'aucun autre, quand même en la faisant il se seroit faussement persuadé qu'il faisoit l'affaire d'un autre, cette gestion ne pourra former le quasi-contrat *negotiorum gestorum;* car il n'y a pas deux personnes : c'est la même personne qui gère l'affaire, et à qui appartient l'affaire qui est gérée. C'est pourquoi Julien dit : *Si quis ità simpliciter versatus est, ut suum negotium in suis bonis quasi meum gesserit, nulla ex utroque latere nascitur actio;* l. 6, §. 4, ff. *de neg. gest.*

170. Mais si l'affaire n'étoit que pour partie l'affaire de celui qui l'a faite, et qu'elle fût aussi en partie mon affaire, la gestion qu'il a faite de cette affaire formera entre nous

le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et obligera celui qui a fait la gestion à me rendre compte de l'affaire pour la part que j'y ai, et moi à le rembourser pour cette part des frais de sa gestion; *d.* l. 6, §. 4; l. 31, §. 7, ff. *de neg. gest.*

171. Pour former entre vous et moi le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il n'est pas nécessaire que l'affaire que j'ai faite fût proprement et principalement votre affaire; il suffit qu'elle fût une affaire dont vous étiez chargé, et que vous eussiez intérêt qui fût faite.

C'est sur ce principe que Julien décide qui si en votre considération j'ai fait quelque affaire d'un mineur dont vous étiez tuteur, cette gestion forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum. Julianus scribit : Si pupilli tui negotia gessero, non mandato tuo, sed ne tutelæ judicio tenearis, negotiorum gestorum habebo te obligatum;* l. 6, ff. *d. tit.*

Quoique, dans cette espèce, l'affaire que j'ai faite pour vous ne fût pas proprement et principalement votre affaire, qu'elle fût celle de votre mineur plutôt que la vôtre, elle étoit néanmoins en quelque façon votre affaire, puisque vous en étiez chargé, et que si elle n'eût pas été faite, vous en eussiez été responsable envers votre mineur.

172. Quoique l'affaire que j'ai faite pour vous et en votre nom fût une affaire qui, lors de la gestion que j'en ai faite, ne vous concernoit en aucune manière, cette gestion ne laissera pas de former entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, si, depuis, l'approbation que vous avez donnée à ce que j'ai fait en votre nom a rendu cette affaire votre propre affaire.

Par exemple, si, sans votre ordre, j'ai reçu pour vous une somme de quelqu'un qui croyoit par erreur vous la devoir, et qui ne la devoit point du tout, ou la devoit à un autre qu'à vous; quoique le paiement que j'ai reçu de cette somme pour vous fût une affaire qui ne vous concernoit point du tout, néanmoins si vous l'avez ratifié, ce paiement par vous ratifié forme entre nous le quasi-contrat

negotiorum gestorum, parce que, par cette ratification, ce paiement que j'ai reçu pour vous est devenu votre propre affaire : car, suivant la règle de droit, *Ratihabitio mandato comparatur*, et cette autre, *Qui mandat, ipse fecisse videtur*, par cette ratification vous êtes censé avoir reçu vous-même ce paiement que j'ai reçu pour vous. Vous êtes en conséquence obligé de rendre la somme à celui qui l'a payée par erreur. Le paiement que j'ai reçu pour vous de cette somme est donc devenu votre propre affaire, puisque étant obligé de rendre la somme, vous avez intérêt que je vous en rende compte.

C'est ce qu'enseigne Julien : *Quæritur apud Pedium si Titium quasi debitorem tuum admonuero, et is mihi solverit, quùm debitor non esset; tuque posteà cognoveris et ratum habueris, an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait dubitari posse, quia nullum negotium tuum gestum est, quùm debitor tuus non fuerit; sed ratihabitio, inquit, fecit tuum negotium : et sicut ei à quo exactum est, adversùs eum datur repetitio qui ratum habuit, ità et ipsi debebit post ratihabitionem adversùs me competere actio : sic ratihabitio constituet tuum negotium quod anteà tuum non erat, sed tuâ contemplatione gestum;* d. l. 6, §. 9.

Julien, au §. 10, rapporte une pareille décision dans une espèce semblable.

Il en est autrement lorsque l'affaire que j'ai faite en votre considération, croyant par erreur qu'elle vous concernoit, est de nature que l'approbation que vous feriez de cette gestion ne puisse en faire votre propre affaire ; comme lorsque j'ai étayé une maison ruineuse, croyant par erreur qu'elle vous appartenoit, quoiqu'elle appartînt à un autre. L'approbation que vous avez donnée depuis à ce que j'ai fait, ne vous faisant rien acquérir, ni contracter aucune obligation, et n'ayant aucun effet, ne peut rendre ce que j'ai fait votre propre affaire, ni par conséquent produire entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*.

C'est ce qu'enseigne le même Pedius : *Quid ergo, inquit*

Pedius, si quùm te hæredem putarem, insulam fulsero hareditariam, tuque ratum habueris, an sit mihi actio adversùs te? Sed non fore ait; quùm hoc facto meo alter sit locupletatus, et alterius reipsâ negotium gestum sit; nec possit quod alteri acquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri; d. l. 6, §. 11.

173. Quoique la personne dont j'ai fait quelque affaire sans mandat, fût un impubère qui ne peut contracter d'obligation sans l'autorité de son tuteur, la gestion que j'ai faite ne laisse pas de former entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et de produire les obligations réciproques qui en naissent : *Contrà impuberes quoque, si negotia eorum urgentibus necessitatis rationibus utiliter gerantur, in quantum* (1) *locupletiores facti sunt, dandam actionem, ex utilitate ipsorum receptum est;* l. 2, *Cod. de neg. gest.*

Par la même raison, lorsque quelqu'un a fait sans mandat quelque affaire d'un fou, cette gestion ne laisse pas de former entre eux le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et de produire les obligations réciproques qui en naissent : *Etsi furiosi negotia gesserim, competit mihi adversùs eum negotiorum gestorum actio;* l. 3, §. 51, ff. *de neg. gest.*

174. Le principe que nous avons établi, que pour former le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il falloit *deux personnes*, dont l'une fît l'affaire de l'autre, s'entend *des personnes* réelles ou fictives.

C'est pourquoi si quelqu'un fait sans mandat une affaire qui dépend d'une succession vacante, cette gestion forme le quasi-contrat *negotiorum gestorum* entre celui qui a fait cette affaire, et la succession vacante : car la succession vacante est une personne fictive; *Hæreditas jacens personam defuncti sustinet :* elle peut contracter des obligations, et on en peut contracter envers elle. Voyez notre *Traité des Obligations, n.* 126.

---

(1) *Voyez* infrà, *sect.* 2, *art.* 2.

ARTICLE II.

Il faut, pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite sans son ordre et à son insu.

§. I. Il faut que ce soit sans son ordre.

175. Pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, il faut que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un, l'ait faite sans son ordre; car s'il l'avoit faite par son ordre, ce seroit le contrat de mandat qui seroit intervenu entre eux; ce ne seroit pas le contrat *negotiorum gestorum;* l. 6, §. 1, ff. *mand.*

176. Mais quand même celui qui a fait l'affaire de quelqu'un auroit cru avoir un ordre de lui pour la faire, s'il n'y en a pas eu, il n'y a pas de contrat de mandat, et la gestion qu'il a faite forme entre eux un quasi-contrat *negotiorum gestorum : Si quùm putavi à te mihi mandatum, negotia gessi, et hìc nascitur negotiorum gestorum actio, cessante mandati actione*; l. 5, ff. *de neg. gest.*

177. Par la même raison, lorsque mon mandataire a excédé les bornes de la procuration que je lui ai donnée, en faisant quelque chose outre ce qui y étoit porté, sa gestion pour ce qu'il a fait outre ce qui y étoit porté, étant faite sans mon ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum.* Papinien en rapporte un exemple dans l'espèce d'un fidéjusseur qui, ayant eu ordre d'un débiteur de le cautionner pour l'une des deux dettes dont il étoit débiteur envers un créancier, auroit acquitté les deux dettes, et retiré les choses qui étoient en gage pour lesdites dettes. Papinien décide que par rapport à celle des deux dettes pour laquelle le débiteur ne lui avoit pas donné ordre de le cautionner, il y avoit lieu de part et d'autre aux actions *negotiorum gestorum;* l. 32, ff. *de neg. gest.*

178. Lorsque j'ai fait une affaire qui vous concernoit, quoique vous eussiez donné à un autre qu'à moi l'ordre de la faire, la gestion que j'en ai faite forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum.* C'est ce qu'enseigne

Africanus : *Si proponatur te Titio mandasse, ut pro te fidejuberet; meque, quod is aliquâ de causâ impediretur quominùs fidejuberet, liberandæ fidei ejus causâ fidejussisse, negotiorum gestorum mihi competit actio;* l. 46, §. 1, ff. *de neg. gest.*

179. La gestion que j'ai faite de votre affaire sans votre ordre, forme entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, soit que je l'aie faite sans en avoir reçu l'ordre de personne, soit que je l'aie faite par l'ordre d'un tiers; et en ce dernier cas j'ai le choix de me faire rembourser des frais de ma gestion, ou par vous, par l'action *negotiorum gestorum*, ou par celui qui m'en a donné l'ordre, par l'action *mandati.*

C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Si quùm proposuissem negotia Titii gerere, tu mihi mandaveris ut geram, an utrâque* (1) *actione uti possim? Et ego puto utramque locum habere;* l. 3, §. *fin.* ff. *de neg. gest.*

L'empereur Alexandre décide la même chose : *Si mandatum solius mariti secutus, tàm ipsius quàm uxoris ejus negotia gessisti (ex gestione negotiorum mulieris), tàm tibi quàm mulieri invicem negotiorum gestorum competit actio : ipsi sanè qui mandavit adversùs te mandati actio est, sed et tibi adversùs eum contraria;* l. 14, *Cod. d. tit.*

§. II. Il faut, pour le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, que celui qui a fait l'affaire de quelqu'un l'ait faite à son insu.

180. Sans cela il n'y a pas lieu au quasi-contrat *negotiorum gestorum;* car lorsque vous avez fait l'affaire de quelqu'un à son vu et à son su, ou il l'a souffert, ou il s'y est opposé. S'il l'a souffert, il est censé, en souffrant que vous fissiez pour lui cette affaire, vous avoir donné un mandat tacite de la faire, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 29; et c'est le cas du contrat de mandat, et non celui du quasi-contrat *negotiorum gestorum.*

(1) *Tàm actionem negotiorum gestorum adversùs Titium dominum negotii, qui mihi non mandavit, quàm actionem mandati adversùs te qui mandasti.*

181. Si celui pour qui vous avez fait une affaire s'y est opposé, et que malgré son opposition et la défense qu'il vous avoit faite, vous ayez fait pour lui cette affaire, la gestion que vous avez faite malgré lui ne formera pas, au moins de part et d'autre, le quasi-contrat *negotiorum gestorum.* Vous contractez bien envers lui par cette gestion l'obligation de lui en rendre compte, s'il le demande; mais cette gestion ne l'obligera pas envers vous à vous en indemniser, s'il n'en veut prendre aucune connoissance.

C'est ce qu'enseigne Paul : *Si pro te præsente et vetante fidejusserim, nec mandati actio, nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dare oportere, quibus non consentio, secundùm quod et Pomponio videtur;* l. 40, ff. *mand.*

Justinien a confirmé le sentiment de Paul et de Pomponius, qui étoit celui de Julien, par sa constitution qui est en la loi *fin. Cod. de neg. gest.*; il y est dit : *Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum, administrationi earum sese immiscuerit, apud magnos autores dubitabatur, si pro expensis quæ circà res factæ sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversùs dominum actionem, quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis negantibus, in quibus et Salvius Julianus fuit, hoc decidentes, sancimus, si contradixerit dominus, et eum res suas administrare prohibuerit, secundùm Juliani sententiam, nullam esse vel directam vel utilem contrariam actionem.... licèt benè res ab eo gestæ sint.*

Justinien ajoute à la fin de cette loi, que si la défense d'administrer n'a pas été signifiée d'abord à ce *negotiorum gestori*, l'action ne lui sera refusée que pour les dépenses qu'il auroit faites depuis la signification de la défense, et non pas pour celles qu'il auroit faites auparavant.

La raison de la décision de Justinien est tirée de la nature du quasi-contrat *negotiorum gestorum.* Ce quasi-contrat, comme nous l'avons observé *suprà*, imite le contrat de mandat; il en est une ressemblance : car la gestion de l'affaire de quelqu'un qui avoit intérêt qu'elle fût faite,

qui est faite à son insu, est faite à la vérité sans un mandat formel; mais on y suppose une espèce de mandat fictif et présomptif, y ayant présomption que celui dont on a fait l'affaire à son insu, auroit donné l'ordre de la faire, s'il l'eût su, puisqu'il étoit de son intérêt qu'elle fût faite.

Cette espèce de mandat fictif ou présomptif de celui dont on a fait l'affaire, qui fait le fondement du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, ne peut pas se supposer, lorsqu'elle est faite contre sa défense formelle; et par conséquent une telle gestion ne peut pas former le quasi-contrat *negotiorum gestorum.*

182. Celui qui a fait l'affaire d'une personne contre sa défense formelle, n'ayant pas, suivant les principes que nous venons d'exposer, l'action *contraria negotiorum gestorum* contre cette personne, pour la répétition des frais de sa gestion, doit-elle les perdre, lorsque la personne dont elle a fait l'affaire malgré sa défense, en a profité? Par exemple, dans l'espèce ci-dessus proposée, dans laquelle je vous ai cautionné pour une de vos dettes contre la défense formelle que vous m'en avez faite; faute d'avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum*, parceque j'ai agi contre votre défense, dois-je perdre la somme que j'ai été obligé de payer pour vous en exécution de mon cautionnement, et dont vous avez profité, puisque le paiement que j'ai fait vous a procuré la libération de votre dette? Cela ne résiste-t-il pas à l'équité naturelle, qui ne permet pas que vous puissiez vous enrichir à mes dépens? *Neminem æquum est cum detrimento alterius locupletari.* Cette équité ne doit-elle pas venir à mon secours? et à défaut de l'action *contraria negotiorum gestorum*, que je n'ai pas, ne doit-elle pas me donner pour la répétition de la somme que j'ai payée, et dont vous avez profité, l'action générale *in factum*, action qui a lieu *quoties alia actio deficit?* Les docteurs sont partagés sur cette question. Elle doit souffrir moins de difficulté dans notre jurisprudence françoise, où l'on ne s'attache pas aux noms des actions,

et où l'équité naturelle est seule suffisante pour produire une obligation civile et une action. Or, lorsque vous profitez d'une affaire que j'ai faite, quoique contre votre défense, pour vous faire du bien malgré vous, l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, vous oblige à m'indemniser de ce qu'il m'en a coûté, jusqu'à concurrence du profit que vous en retirerez. C'est l'avis d'Automne sur la loi *fin. Cod. de neg. gest.*, qui dit que la décision de cette loi n'a pas lieu dans nos mœurs.

183. Cette action qui est accordée à celui qui a fait malgré moi mes affaires, ne lui donne pas néanmoins autant de droit qu'à un véritable *negotiorum gestori;* car il n'a la répétition de ce qu'il a déboursé que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande.

Pareillement, quoique je sois obligé de vous rembourser ce que vous avez payé pour moi contre ma défense, parce que j'en profite, la circonstance de la défense doit porter le juge à m'accorder plus facilement les termes que je lui demanderai pour vous faire ce remboursement : mon créancier, si vous ne l'aviez pas payé contre ma défense, auroit peut-être eu pour moi de l'indulgence, et m'auroit peut-être accordé ces termes.

184. Lorsque l'affaire que j'ai faite étoit l'affaire de deux personnes, et qu'il n'y a que l'une de ces personnes qui s'est opposée à ma gestion, son opposition n'empêche pas que j'en aie l'action *contraria negotiorum gestorum* contre celle qui ne s'y est pas opposée : *Si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non... puto superesse contrà eum qui non prohibuit, negotiorum gestorum actionem, ità tamen ut is qui prohibuit, ex nullâ parte, neque per socium, neque per ipsum, aliquid damni sentiat;* l. 8, §. 3, ff. *de neg. gest.*

Observez que je n'ai cette action contre la personne qui ne s'est pas opposée à ma gestion, que pour la part qu'elle a dans l'affaire.

ARTICLE III.

Il faut que celui qui s'est porté à faire l'affaire d'un autre, l'ait faite avec l'intention de faire l'affaire de celui qu'elle concernoit, et de répéter de lui les frais de sa gestion.

185. Selon la subtilité du droit, pour qu'il y ait lieu au quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et pour que celui qui a fait l'affaire d'une personne ait l'action qui naît de ce contrat, pour répéter les frais de sa gestion, il faut qu'il ait eu intention, en faisant cette gestion, de faire l'affaire de cette personne, et qu'il ait eu une volonté formelle de répéter d'elle les frais de sa gestion.

186. Lorsqu'il n'a eu qu'une volonté implicite et hypothétique de répéter les frais de sa gestion de la personne dont il ne croyoit pas faire l'affaire, comptant, en la faisant, faire sa propre affaire ou celle d'une autre personne, quoique, selon la subtilité du droit, cette gestion ne forme pas le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, néanmoins l'équité ne laisse pas de lui donner en ce cas une action, pour la répétition de ses frais, contre la personne dont il a effectivement fait l'affaire.

187. Mais lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne l'a faite sans aucune volonté, ni formelle ni implicite, de répéter les frais de sa gestion, lorsqu'il l'a faite dans la seule vue de l'en gratifier, c'est en ce cas une donation : ce n'est point le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et il n'y a point d'action pour la répétition des frais de la gestion.

Pour développer davantage ces principes, nous distinguerons plusieurs cas auxquels nous en ferons l'application.

PREMIER CAS.

Lorsque celui qui a fait l'affaire d'une personne a eu l'intention, en la faisant, de faire l'affaire de cette personne, et de répéter d'elle les frais de sa gestion.

188. Ce cas est le véritable cas du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et il y a lieu de part et d'autre aux actions qui en naissent.

SECOND CAS.

Lorsque je fais votre affaire, croyant ne faire que la mienne.

189. Dans ce cas cette gestion ne forme pas entre nous le quasi-contrat *negotiorum gestorum;* et à ne consulter que la subtilité du droit, n'ayant pas eu intention de faire votre affaire, ni par conséquent de vous obliger à me rembourser les frais de ma gestion, je ne puis avoir contre vous l'action *contraria negotiorum gestorum* pour m'en faire rembourser, quoique ce soit vous qui en ayez profité. Mais l'équité, qui ne permet pas qu'on s'enrichisse aux dépens d'autrui, m'accorde en ce cas, contre la subtilité du droit, une action contre vous, pour répéter de vous les frais de ma gestion, jusqu'à concurrence de ce que vous en avez profité.

C'est en considérant la subtilité du droit, que Julien dit que celui qui a fait des impenses sur une maison qu'il croyoit lui appartenir, n'a que la voie d'exception et de rétention de la chose pour s'en faire rembourser par celui à qui la maison appartient, et qui en profite : *Constat, si quis quùm existimaret se hæredem esse, insulam hæreditariam fulsisset, nullo alio modo quùm per retentionem impensas servare posse,* l. 33, ff. *cond. indeb.*

C'est pareillement en consultant la subtilité du droit, qu'on doit entendre la loi 14, ff. *de dol. et met. except.*, où il est dit : *Paulus respondit eum qui in alieno solo ædificium extruxerit, non aliàs sumptus consequi posse, quàm si possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet oppositâ doli mali exceptione.*

En effet, ce possesseur ne peut avoir contre le propriétaire de l'héritage aucune des actions civiles que le droit civil accorde, et qui naissent de quelque quasi-contrat autorisé par le droit civil. Il n'a pas celle qui naît du quasi-contrat *negotiorum gestorum,* puisqu'en faisant les impenses qu'il a faites, il comptoit faire sa propre affaire; il ne comptoit pas faire celle du propriétaire de l'héritage; *non ha-*

bebat animum negotium ejus gerendi. Il n'a pas non plus l'action qu'on appelle *condictio indebiti*, qui naît du quasi-contrat *indebiti per errorem soluti*, comme s'il avoit payé plus qu'il ne devoit, en rendant l'héritage sans retenir les impenses qu'il avoit droit de retenir; car on appelle proprement *paiement* la dation ou translation de propriété que fait une personne à une autre, d'une chose qu'elle lui doit, ou qu'elle croit lui devoir. Mais la restitution qu'on fait d'une chose à celui qui en est le propriétaire, n'est pas un *paiement :* ce ne peut donc pas être le quasi-contrat *indebiti per errorem soluti;* le possesseur qui a rendu l'héritage au propriétaire, sans retenir ses impenses, ne peut donc avoir *condictionem indebiti. Sed si is qui in alienâ areâ ædificasset, ipse possessionem tradidisset, condictionem* (1) *non habebit, quia nihil accipientis faceret* (2), *sed suam rem dominus habere incipiat; d.* l. 33, ff. *condict. indeb.*

Au contraire, Africain a considéré l'équité plutôt que la subtilité du droit, dans les espèces de la loi dernière, ff. *de neg. gest.*, en accordant de part et d'autre, contre la subtilité du droit, les actions *negotiorum gestorum*, quoique, dans ces espèces, celui qui a fait mon affaire n'eût pas eu intention de faire mon affaire, mais eût cru faire la sienne : *Si rem*, dit-il, *quam servus venditus subripuisset à me venditore, emptor vendiderit* (3), *de pretio* (4), *negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium quod tuum esse existimares, quùm meum esset, gessisses; sicut ex contrario, in me tibi daretur, si quùm hæreditatem quæ ad me pertinet tuam putares,*

(1) *Indebiti.*

(2) *Adeòque propriè nihil solverit, restituendo rem domino.*

(3) *Quam in peculio servi, quod cum servo emerat, inventam, suam esse existimabat, quùm tamen non esset ex eo peculio, sed mihi surrepta, mea esse permanserat.*

(4) *Quod consecutus est ex venditione rei meæ, adeòque ex negotio ad me pertinente, quamvis hanc meam rem quam credebat esse suam, vendendo, existimaverit, non meum quod reverà gerebat, sed suum negotium gerere.*

res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem eâ solutione liberarer.

Dans cette dernière espèce, quoique vous crussiez faire votre propre affaire plutôt que la mienne, en payant des legs dont j'étois tenu, et dont vous croyiez être le débiteur; néanmoins ayant par ce paiement, sans le savoir, fait mon affaire, en me procurant la libération de ces legs dont j'étois tenu; quoique la subtilité du droit ne vous donne pas contre moi l'action *contraria negotiorum gestorum*, parceque vous n'avez pas eu intention de faire mon affaire, ni de m'obliger, néanmoins l'équité, qui doit l'emporter sur la subtilité du droit, vous donne une action contre moi pour répéter la valeur de ce que vous avez payé pour l'acquittement de ces legs dont j'étois tenu, et dont le paiement que vous avez fait m'a procuré la libération : sans cela, je m'enrichirois à vos dépens; ce que l'équité ne permet pas.

190. On accorde cette action, non-seulement à celui qui s'est porté de bonne foi à la gestion de mon affaire, qu'il croyoit être la sienne, mais même à celui qui s'y est porté *animo deprædandi*, dans la vue d'en faire son profit, et non dans la vue de faire mon affaire. C'est ce qu'enseigne Julien : *Et si quis negotia mea gessit, non meâ contemplatione, sed sui lucri causâ, Labeo scripsit suum eum potiùs quàm meum negotium gessisse; qui enim deprædandi causâ accedit, suo lucro, non meo commodo studet; sed nihilominùs, imò magìs, is tenebitur negotiorum gestorum actione : ipse tamen, si circà res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit, sed in id quo locupletior factus sum, habet contrà me actionem;* l. 6, §. 3, ff. *de neg. gest.*

191. Cujas, dans son commentaire sur Julien, tire un argument de ce texte pour prouver que dans les lois 33, ff. *de cond. indeb.*, et 14, ff. *de dol. et met. except.*, que nous avons ci-dessus rapportées, Julien et Paul n'ont en vue que la subtilité du droit, lorsqu'ils y décident qu'un possesseur qui a fait des impenses sur un héritage qui ne

lui appartenoit pas, n'a que la voie d'exception et de rétention, pour se faire rembourser de ses impenses par le propriétaire de l'héritage, qui en profite; qu'ils n'entendent décider autre chose, sinon que ce possesseur n'a dans cette espèce aucune action civile qui descende de quelque quasi-contrat, comme nous l'avons fait voir ci-dessus; mais ils n'entendent pas exclure ce possesseur de l'action *in factum*, que le préteur, contre la subtilité du droit, et à défaut des actions civiles, *solâ æquitate motus*, lui accorde contre le propriétaire pour la répétition des impenses qu'il a faites, jusqu'à concurrence de ce que ce propriétaire en profite.

En effet, Julien seroit en contradiction avec lui-même (ce qu'il n'est pas permis de croire d'un si grand jurisconsulte), si par la loi 33, ff. *de condict. indeb.*, il entendoit refuser à ce possesseur qui a fait de bonne foi des impenses sur mon héritage, dont je profite, l'action *in factum* pour s'en faire rembourser, pendant que par cette loi 6, §, 3, il accorde cette action, même à celui qui ne s'est porté à la gestion d'une affaire qui me concernoit, que dans la vue de me piller, et de faire sa propre affaire plutôt que la mienne, quoiqu'il méritât beaucoup moins, par rapport à sa mauvaise foi, qu'on vînt à son secours par cette action. C'est aussi le sentiment de Dumoulin, *in Cons. Par. t. des Fiefs, art.* 1, *gl.* 5, 103 *et suiv.*

192. Dans notre jurisprudence françoise, qui n'admet pas les subtilités du droit romain, et qui regarde la seule équité comme suffisante pour produire une obligation civile, et pour donner une action, il ne doit pas être douteux que dans l'espèce des lois 33, *de condict. indeb.*, et 14, ff. *de dol. et met. except.*, comme dans celle de la loi 6, §. 3, celui qui a fait des impenses dont je profite, doit avoir action contre moi, jusqu'à concurrence de ce que j'en profite.

Sur ce principe on doit décider que lorsqu'un usufruitier meurt avant la récolte, le propriétaire qui recueille les fruits doit rembourser aux héritiers de l'usufruitier

les frais de labours et semences que l'usufruitier a faits pour les faire venir; car quoiqu'en les faisant il crût faire sa propre affaire, il a effectivement fait celle du propriétaire, qui, ayant recuilli les fruits, a profité de ces labours et semences.

193. Il nous reste à observer une différence que Julien fait remarquer dans la loi 6, §. 3, entre l'action qu'il accorde dans l'espèce de ce paragraphe, et l'action *contraria negotiorum gestorum*, par ces termes, *non in id quod ei abest, quia, etc.*

L'action *contraria negotiorum gestorum* qu'a un *negotiorum gestor*, qui a fait de bonne foi, pour moi et en mon nom, une affaire que j'avois intérêt qui fût faite, a pour objet le remboursement de tout ce qu'il lui en a coûté pour la gestion qu'il a faite utilement de cette affaire, quand même depuis, par un cas imprévu, cette utilité auroit été détruite : *datur in id quod ei abest, et sufficit ab initio utiliter gestum fuisse, quamvis non duraverit gestum;* comme nous le verrons *infrà*, en la section suivante.

Au contraire, l'action qui est donnée dans l'espèce de ce paragraphe, n'étant fondée que sur la seule raison de l'équité naturelle, qui ne permet pas de s'enrichir et de profiter aux dépens d'autrui, elle ne peut donner la répétition des impenses à celui qui les a faites, que jusqu'à concurrence de ce que je me trouve en profiter au temps de sa demande; et il n'en peut rien répéter, si je n'en profite point : *non in id quod ei abest, quia improbè ad mea negotia accessit, sed in id quo ego locupletior factus sum, habet contra me actionem; d.* l. 6, §. 3.

On doit dire la même chose dans l'espèce des lois 33, ff. *de condict. indeb.*, et 14, ff. *de dol. et met. except.*, et dans l'espèce de celui qui a fait les affaires de quelqu'un contre sa défense : dans toutes ces espèces la répétition des impenses n'a aucun autre fondement que la raison de l'équité, qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui.

TROISIÈME CAS.

Lorsque j'ai fait une affaire que je croyois être l'affaire de Pierre, dans la seule vue de faire l'affaire de Pierre, quoique cette affaire fût votre affaire, et ne concernât nullement Pierre.

194. Dans ce cas, à ne consulter que la subtilité du droit, je n'ai d'action ni contre Pierre, que cette affaire ne concernoit point, ni contre vous, puisque ma gestion n'a pas été faite dans la vue de faire votre affaire : je n'ai pas agi *tanquàm tuum negotium gerens*, et je n'ai pas eu intention de vous faire contracter aucune obligation envers moi.

Néanmoins, nonobstant cette subtilité, l'équité veut que de même que vous avez action contre moi pour me faire rendre compte de la gestion que j'ai faite de votro affaire, quoique je crusse faire celle de Pierre, de même je doive avoir action contre vous pour répéter de vous les impenses que j'ai faites pour cette affaire dont vous profitez.

On peut même dire que dans cette espèce ma gestion forme entre nous une espèce de quasi-contrat *negotiorum gestorum*, quoique improprement; car si dans cette espèce je n'ai pas eu, en faisant la gestion de votre affaire, une intention formelle, comme dans un véritable quasi-contrat *negotiorum gestorum*, au moins j'ai eu une intention implicite de faire votre affaire, et de vous obliger au remboursement des impenses que je ferois pour la faire : car j'avois une intention implicite, en faisant cette affaire, de faire l'affaire de celui qu'elle concernoit, et de l'obliger au remboursement de mes impenses; et je n'avois intention de faire l'affaire de Pierre, et d'obliger Pierre au remboursement de mes impenses, qu'autant que par erreur je considérois Pierre comme celui que cette affaire concernoit.

Nous avons un exemple de ces principes dans l'espèce suivante : *Titius pecuniam creditoribus hæreditariis solvit, existimans sororem suam defuncto hæredem testamento extitisse : quamvis animo gerendi sororis negotia id fe-*

cisset, veritate tamen, filiorum defuncti qui sui hæredes patri, subiato testamento, erant, gessisset; quia æquum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit; l. 45, §. 2, ff. *de neg. gest.*

Ces termes, *æquum est, etc.*, font connoître que c'est une raison d'équité qui fait donner dans cette espèce à Titius une action utile *negotiorum gestorum* contre les enfants héritiers du défunt, pour la répétition de ses déboursés dont ils ont profité, contre la subtilité du droit, qui lui refusoit l'action, parcequ'il n'avoit pas eu intention de faire leur affaire, croyant faire celle de sa sœur.

La loi 5, §. 1, et la loi 6, §. 7 et 8, qui me donnent action contre celui dont j'ai fait l'affaire croyant faire celle d'un autre, doivent pareillement être entendues d'une action utile que l'équité accorde contre la subtilité du droit.

QUATRIÈME CAS.

Lorsque j'ai fait une affaire qui concernoit plusieurs personnes, n'ayant en vue, en la faisant, que de faire l'affaire de l'une d'elles.

195. Dans ce cas, selon la subtilité du droit, je n'ai d'action que contre la personne dont j'avois intention de faire l'affaire; mais l'équité me donne une action contre les autres qui en profitent.

C'est ce que nous apprenons de Julien : *Si ego filii tui negotia gessero, vel servi, videamus an tecum negotiorum gestorum habeam actionem? Et mihi verum videtur..... ut siquidem contemplatione tui, negotia gessi peculiaria, tu mihi tenearis : quòd si amicitiâ filii tui..... adversùs patrem duntaxat de peculio dandam actionem;* l. 6, §. 6, ff. *de neg. gest.*

Jusqu'ici Julien décide suivant la subtilité du droit. Quoique les affaires du pécule du fils soient des affaires qui concernent le père aussi bien que le fils, puisque la propriété du pécule appartient au père, néanmoins lorsque j'ai fait ces affaires seulement dans la vue de faire l'affaire du

fils, et sans intention de faire celle du père, je n'ai, selon la subtilité du droit, d'autre action contre le père que l'action *de peculio, quæ datur ex personâ filii, cujus solius negotia gerere mihi proposui :* je n'ai pas d'action contre le père *ex propriâ ipsius personâ*, quoiqu'il profite de ma gestion, n'ayant pas eu intention de faire l'affaire du père.

Mais quoiqu'il en soit ainsi selon la subtilité du droit, Julien ajoute, que contre la subtilité du droit, l'équité, dans cette espèce, me donne une action contre le père, de son chef, jusqu'à concurrence de ce qu'il a profité de ma gestion : *Eodem loco Pomponius scribit, hoc adjecto quod putat, si nihil sit in peculio, quoniam plus patri debetur, et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex meâ administratione factus est;* d. §. 6.

Vice versâ, non-seulement celui dont je comptois faire l'affaire, mais les autres que cette affaire concerne, auront action contre moi pour m'en faire rendre compte, à la charge que celui à qui je l'aurai rendu, sera tenu de me défendre contre les autres. C'est ce qu'observe Papinien : *Inter negotia Sempronii quæ gerebat, ignorans Titii negotia gessit; ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur* (1) *: sed ei cautionem indemnitatis, officio judicis præberi necesse adversùs Titium cui datur actio;* l. 31, §. 1, *d. t.* (contre celui qui a géré pour se faire rendre compte, quoique celui qui a géré crût avoir fait l'affaire de Sempronius).

CINQUIÈME CAS.

Lorsque j'ai fait l'affaire d'une personne, comptant faire son affaire, mais sans intention de répéter les frais de ma gestion, et dans la vue de l'en gratifier.

196. Il est évident que je n'ai en ce cas aucune action pour la répétition de ces frais de ma gestion, les ayant

(1) Il faut supposer que quoique cette affaire fût principalement l'affaire de Titius, néanmoins Sempronius, pour qui on l'a faite, avoit intérêt à la gestion, *putà*, parcequ'il étoit le procureur de Titius.

faits sans intention de les répéter, et dans la vue d'en gratifier celui dont je faisois l'affaire.

La seule difficulté qu'il peut y avoir sur cette espèce, est de savoir quand cette intention doit être présumée. Il faut établir pour principe, qu'elle ne doit pas l'être facilement, suivant la règle : *Nemo donare præsumitur.*

Notre jurisprudence est même plus difficile à admettre cette présomption que ne l'étoit le droit romain. C'est pourquoi Automne, dans ses notes sur les lois du tit. du code *de neg. gest.*, remarque que nous n'observons pas dans notre jurisprudence la loi 1, *Cod. de neg. gest.*, qui décide qu'une mère qui, par affection pour ses enfants, a poursuivi la destitution d'un mauvais tuteur qu'ils avoient, n'est pas fondée à répéter les frais qu'elle a faits pour cette poursuite, et qu'elle doit être présumée s'être portée à cette poursuite sans intention d'en répéter les frais. Au contraire, dans notre jurisprudence, on les fait porter au mineur.

On fait aussi dans notre jurisprudence porter au mineur les frais faits pour lui faire nommer un tuteur; et ceux de ses proches qui ont fait la poursuite, et les ont avancés, en ont la répétition, contre la décision de la loi 44, ff. *de neg. gest.*

197. Il y a plusieurs espèces de circonstances, lesquelles seules, et prises séparément, ne pourroient pas faire présumer que celui qui a fait l'affaire d'une personne, l'a faite avec l'intention de n'en pas répéter les frais, mais qui, étant réunies, peuvent former cette présomption.

On peut apporter pour exemple, 1° si c'est un père ou une mère qui a fait l'affaire de ses enfants ou de ses petits-enfants, si c'est un beau-père ou une belle-mère qui a fait l'affaire de son gendre, de sa bru ou de ses privignes; si c'est un frère aîné qui a fait l'affaire de ses puînés, si c'est un maître qui a fait l'affaire de son domestique, si celui qui a fait l'affaire avoit de grandes obligations à cette personne.

2° Si celui qui a fait l'affaire de quelqu'un étoit un homme riche, et celui dont il a fait l'affaire, étoit pauvre.

3° Si ces frais sont modiques.

4° Si celui qui a fait la gestion n'en a pas répété les frais pendant tout le temps qu'il a vécu, quoiqu'il ait vécu longtemps depuis.

5° Si depuis la gestion les parties ont entre elles plusieurs comptes pour des affaires qu'elles ont eues ensemble, et que les frais de cette gestion ne soient entrés dans aucun de ces comptes.

Les présomptions qui résultent de ces circonstances peuvent être détruites ou affoiblies par d'autres circonstances qui servent à faire connoître la volonté qu'a eue celui qui a fait la gestion, d'en répéter les frais; comme par exemple, s'il a tenu un registre exact de tous les frais qu'il faisoit.

198. Les aliments fournis à des enfants sont plus facilement présumés fournis sans intention d'en rien répéter, que ne le sont les frais faits pour la gestion et le gouvernement de leurs biens. C'est ce que nous apprenons d'Alexandre, qui répond ainsi à une mère : *Alimenta quidem quæ filiis tuis præstitisti, tibi reddi, non justâ ratione postulas, quùm id maternâ exigente pietate feceris. Si quid autem in rebus eorum utiliter, et probabili more impendisti; si non et hoc maternâ liberalitate, sed recipiendi animo fecisse te ostenderis; id negotiorum gestorum actione consequi potes;* l. 11, *Cod. h. tit.*

Dans notre jurisprudence, des pères ou mères ne sont pas facilement présumés avoir fourni les aliments à leurs enfants sans intention d'en être remboursés, lorsque les enfants ont du bien pour y subvenir.

Mais lorsqu'un aïeul a retiré quelqu'un de ses petits-enfants de chez le père ou la mère de cet enfant, pour l'avoir auprès de lui, il est présumé l'avoir pris pour sa propre satisfaction, pour lui faire compagnie, et n'avoir pas eu intention de rien répéter contre les père et mère, pour les aliments qu'il lui a fournis, et pour la dépense qu'il a faite pour son éducation.

Nous avons parlé d'un aïeul, par forme d'exemple; il faut dire la même chose d'une grand'mère, d'un oncle, d'une

tante, ou autre parent; d'un parrain, d'une marraine, lorsqu'il ne paroît pas d'autre raison que la raison d'une affection naturelle pour l'enfant, qui ait porté la personne à faire sortir l'enfant de chez ses père et mère, pour l'avoir chez elle.

Mais s'il paroît quelque autre raison pour laquelle le parent ait pris l'enfant chez lui, comme par exemple, si c'étoit pour que l'enfant fût à portée d'aller au collége, où il n'auroit pu aller en restant chez son père, qui demeure à la campagne; le parent ne sera pas présumé avoir eu intention de ne point exiger de pension, à moins qu'il n'y ait quelques circonstances qui le fassent présumer.

De légères présomptions suffisent à l'égard d'un grand-père ou d'une grand'mère; il en faut de plus grandes à l'égard des parents de la ligne collatérale.

SECTION II.

Des obligations que forme le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, et des actions qui en naissent.

199. Ce quasi-contrat forme entre le *negotiorum gestor*, et celui dont il a fait l'affaire, des obligations réciproques, semblables à celles que forme le contrat de mandat entre le mandant et le mandataire. Le *negotiorum gestor* contracte envers celui dont il a géré les affaires, l'obligation de lui en rendre compte, et de lui remettre tout ce qui lui est parvenu de sa gestion; laquelle obligation est en cela semblable à celle qu'un mandataire ou procureur contracte envers le mandant : et de cette obligation que contracte le *negotiorum gestor*, naît l'action *negotiorum gestorum directa*, par laquelle le *negotiorum gestor* est obligé de rendre compte de sa gestion à celui dont il a géré l'affaire : et réciproquement celui dont on a fait l'affaire contracte envers le *negotiorum gestor* l'obligation de l'indemniser des frais de sa gestion; obligation semblable à celle que contracte un mandant envers son mandataire; et de cette obligation naît l'action *negotiorum gestorum contraria* que le *nego-*

tiorum gestor a contre celui dont il a géré l'affaire, pour se faire rembourser et indemniser des frais de sa gestion.

C'est ce que nous enseigne Gaïus : *Si quis absentis negotia gesserit, licèt ignorantis.... ultrò citròque nascitur actio quæ appellatur negotiorum gestorum : et sanè sicut æquum est ipsum actûs sui rationem reddere, et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit, vel ex his negotiis retinet ; ità ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine, vel abest ei, vel abfuturum est ;* l. 2, ff. *de neg. gest.*

ARTICLE PREMIER.

De l'obligation du *negotiorum gestor*, et de l'action *negotiorum gestorum directa* qui en naît.

200. L'obligation du *negotiorum gestor* ayant beaucoup de ressemblance avec celle du mandataire ; pour bien connoître l'étendue de l'obligation du *negotiorum gestor*; en quoi elle convient avec celle du mandataire, et en quoi elle en diffère, il est bon de se rappeler ce que nous avons dit de l'obligation du mandataire.

Nous avons vu *suprà*, *n.* 37, que l'obligation du mandataire avoit trois objets : il est 1° obligé à faire l'affaire comprise au mandat dont il s'est chargé ; 2° à y apporter le soin qu'elle exige ; 3° à en rendre compte.

Par rapport au premier objet, le *negotiorum gestor* est très-différent d'un mandataire, et même d'un tuteur ou d'un curateur. Le mandataire contractant, par l'acceptation qu'il fait du mandat, l'obligation de faire tout ce qui y est compris, il est tenu des dommages et intérêts du mandant, résultants de ce que quelques-unes des affaires comprises au mandat n'ont pas été faites : pareillement un tuteur ou un curateur ayant été, par la charge qui lui a été imposée, chargé de toutes les affaires qui en dépendent, s'il a omis d'en faire quelques-unes, il en est responsable envers celui dont il a été le tuteur ou le curateur. Au contraire, lorsqu'un *negotiorum gestor* a fait une de vos affaires, il n'est tenu qu'à vous rendre compte de l'af-

faire qu'il a bien voulu faire : il n'est pas tenu de ce que vous souffrez dans vos autres affaires qui n'ont pas été faites ; car il n'en étoit pas chargé, puisque ni vous, ni aucun autre pour vous, ne l'avoit chargé de ces autres affaires.

C'est ce que nous enseignent les empereurs Dioclétien et Maximien : *Tutoris vel curatoris*, nous disent-ils, *similis non habetur qui citrà mandatum negotium alienum spontè gerit; quippè superioribus necessitas muneris administrationis finem, huic autem propria voluntas facit, ac satis abundèque sufficit, si cui, vel in paucis, amici labore consulatur :* l. 20, *Cod. de neg. gest.*

201. Quoique celui qui a fait une affaire d'une personne ne soit pas obligé de faire ses autres affaires, il est néanmoins obligé de faire tout ce qui est une dépendance de l'affaire qu'il a commencé de gérer, et tout ce qui est nécessaire pour la mettre à chef ; et il doit le faire même après la mort de celui dont il avoit volonté de faire l'affaire. C'est ce qu'enseigne Paul : *Si vivo Titio negotia ejus administrare cœpi, intermittere eo mortuo non debeo: nova tamen inchoare necesse mihi non est; vetera explicare ac conservare necessarium est* ; l. 21, §. 2, ff. *d. tit.*

202. Un *negotiorum gestor* qui ne l'a pas été d'une affaire unique, mais qui s'est porté pour faire en général les affaires d'une personne, est quelquefois responsable de celles qu'il n'a pas faites ; savoir, lorsqu'en se portant pour faire en général les affaires de cette personne, il a empêché par-là que d'autres ne se soient immiscés, et n'aient fait les affaires qu'il n'a pas faites, qu'ils auroient faites s'ils ne s'en fussent pas reposés sur lui.

C'est ce qu'enseigne Julien : *Videamus in personâ ejus qui negotia administrat, si quædam gessit, quædam non, contemplatione tamen ejus, alius ad hæc non accessit, et si vir diligens, quod ab eo exigimus, etiam ea gesturus fuit, an dici debeat negotiorum gestorum eum teneri et propter ea quæ non gessit? quod puto verius;* l. 6, §. 12, ff. *d. tit.*

203. Il est surtout responsable en ce cas, de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il devoit à la personne dont il faisoit les affaires, lorsqu'au temps de sa gestion sa dette étoit exigible : *Certè si quid à se exigere debuit, procul dubio hoc ei imputabitur; d.* §. 12.

Cela sur-tout doit avoir lieu lorsque la dette que me devoit celui qui s'est immiscé à la gestion de mes affaires, étoit une dette sujette à se prescrire par un certain laps de temps, et dont le temps de la prescription n'a été accompli que pendant le temps de sa gestion. Si, contre la demande que je lui ferai de cette dette, il m'oppose la prescription, je lui répliquerai qu'il n'est pas recevable à l'opposer, parceque s'étant immiscé à la gestion de mes affaires, il étoit obligé de l'exiger pour moi de lui-même avant qu'elle fût prescrite. C'est pourquoi Ulpien dit : *Si* (*negotiorum gestorum*) *ex causâ fuit obligatus, quæ certo tempore finiebatur, et tempore liberatus est; nihilominùs negotiorum gestorum actione erit obligatus*; l. 8, ff. *d. tit.*, parcequ'il devoit exiger de lui-même avant l'accomplissement de la prescription.

On peut apporter pour exemple le cas auquel mon débiteur d'une rente constituée se seroit immiscé à la gestion de mes affaires, qu'il auroit gérées pendant long-temps. Il ne pourra pas m'opposer la prescription de cinq ans contre les arrérages qu'il me doit, et dont la prescription s'est accomplie pendant le temps de sa gestion; car il devoit les exiger de lui-même avant que la prescription s'accomplît; *tenetur quod à se non exegerit.*

204. On peut pareillement imputer aux héritiers du *negotiorum gestor*, qui succèdent à son obligation *negotiorum gestorum*, qu'il n'a pas exigé de lui-même ce qu'il devoit à la personne dont il a géré les affaires, lorsque la dette avoit été contractée sous la condition que ses héritiers n'en seroient pas tenus.

Par exemple, si quelqu'un s'est rendu caution envers moi pour un de mes débiteurs, à la charge que l'obligation de son cautionnement seroit éteinte par sa mort, et

ne passeroit pas à ses héritiers, et qu'il se soit depuis immiscé à la gestion de mes affaires; ce *negotiorum gestor* étant mort pendant le cours de sa gestion, et le débiteur principal étant devenu insolvable, je pourrai demander aux héritiers de mon *negotiorum gestor* le paiement de son cautionnement; et s'ils opposent qu'ils n'en sont pas tenus, l'obligation de ce cautionnement ayant été contractée à la charge qu'elle ne passeroit pas aux héritiers, je leur répliquerai qu'ils en sont tenus en vertu de l'obligation *negotiorum gestorum*, à laquelle ils ont succédé au défunt, qui, en sa qualité de *negotiorum gestor*, étoit tenu d'exiger de lui-même cette dette, et de ne la pas laisser éteindre par sa mort avant de l'avoir exigée.

C'est pourquoi, après qu'Ulpien a dit qu'un *negotiorum gestor* étoit tenu de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il devoit à la personne dont il géroit les affaires, lorsque la prescription de cette dette s'étoit accomplie durant le temps de sa gestion, il ajoute : *Idem erit dicendum et in eâ causâ ex quâ hæres non tenetur; d.* l. 8.

205. On peut encore imputer au *negotiorum gestor*, qu'il n'a pas exigé de lui-même la somme qu'il devoit à la personne dont il géroit les affaires, dans le cas auquel il eût pu faire un emploi de cette somme qui eût produit à la personne dont il géroit les affaires, des intérêts, ou l'eût déchargée de ceux qu'elle devoit à ses créanciers, au paiement desquels cette somme pouvoit être employée : faute par le *negotiorum gestor* d'avoir en ce cas exigé de lui-même cette dette, quoique la dette ne fût pas par elle-même de nature à produire des intérêts, il en doit les intérêts à la personne dont il a géré les affaires, en vertu de l'obligation *negotiorum gestorum* qu'il a contractée envers elle. C'est ce qu'enseigne Triphonius : *Qui sine usuris pecuniam debebat, creditoris sui gessit negotia; quæsitum est an negotiorum gestorum actione summæ illius usuras præstare debeat? Dixi si à semetipso exigere eum oportuit, debiturum usuras. Quòd si dies solvendæ pecuniæ tempore quo negotia gerebat, nondùm venerat, usuras*

non debiturum; sed die præterito, si non intulit rationibus creditoris cujus negotia gerebat eam pecuniam à se debitam, meritò usuras bonæ fidei judicio præstaturum; l. 38, ff. *d. tit.* Julien dit la même chose : *A semetipso cur non exegerit, ei imputabitur; et si fortè non fuerit usurarium debitum, incipit esse usurarium; d.* l. 6, §. 12.

Il est évident qu'on ne peut imputer au *negotiorum gestor*, qu'il n'ait pas exigé de lui-même ce qu'il devoit à la personne dont il géroit les affaires, tant que cette dette n'étoit pas exigible, comme nous l'avons déjà remarqué.

Pareillement, si ce que vous devoit celui qui géroit vos affaires, ne vous étoit dû qu'à la charge que vous lui rendriez au préalable quelque chose; s'il n'a pas trouvé dans vos biens qu'il géroit, de quoi lui rendre cette chose que vous étiez tenu de lui rendre, avant que de pouvoir exiger de lui ce qu'il vous devoit, on ne pourra pas lui imputer de n'avoir pas exigé de lui-même ce qu'il vous devoit; et sa gestion n'arrêtera pas le temps de la prescription de votre créance.

C'est ce qu'enseigne Scævola, dans l'espèce d'un vendeur qui géroit les affaires de celui à qui il avoit vendu une chose qui avoit un vice rédhibitoire : *Sed nec redhibitoriæ speciém*, dit-il, *venire in negotiorum gestorum actionem, et per hoc sex mensibus exactis perire; si vel mancipium in rebus non invenit, vel eo invento, quod accessionum nomine additum est, vel quod deterior homo factus esset, vel quod per eum esset acquisitum* (non ex re emptoris), *nec invenit, nec recepisset, nec esset in ipsis negotiis quæ gerebat undè sibi in præsenti redderet;* l. 35, §. 2.

206. Si on peut imputer à celui qui s'est immiscé sans procuration à la gestion des affaires de son créancier, qu'il n'ait pas exigé de lui-même ce qu'il lui devoit, on ne peut pas de même lui imputer qu'il n'ait pas exigé ce qui étoit dû par les autres débiteurs; car n'ayant pas de procuration, il ne pouvoit pas les obliger à lui payer ce qu'ils devoient.

207. Lorsque c'est un créancier qui a géré les affaires de son débiteur, on peut lui imputer de ce qu'il n'a pas employé les sommes de deniers qui lui sont parvenues de sa gestion, à se payer de ce que lui devoit la personne dont il géroit les affaires, et à payer les autres créanciers de cette personne. C'est pourquoi si ayant pu faire cet emploi, et ne l'ayant pas fait, ces sommes de deniers sont depuis péries entre ses mains par quelque force majeure, il est responsable de cette perte, qu'eût évitée celui dont il géroit les affaires, si cet emploi eût été fait. Si néanmoins il avoit eu un juste sujet de garder ces sommes de deniers en réserve, *putà*, parcequ'il prévoyoit que celui dont il géroit les affaires en auroit besoin dans peu pour une affaire importante, il ne seroit pas en ce cas responsable de la perte.

208. Pour achever le parallèle de l'obligation du *negotiorum gestor*, et de celle du mandataire, passons aux autres objets de l'obligation du mandataire.

Nous avons dit que le mandataire étoit obligé, en second lieu, d'apporter le soin convenable à la gestion de l'affaire dont il s'étoit chargé; l'obligation du *negotiorum gestor* est ordinairement semblable en cela à celle du mandataire. Le *negotiorum gestor* est tenu d'apporter à sa gestion le même soin qu'un mandataire est tenu d'apporter à la sienne : il est tenu, de même qu'un mandataire, *de levi aut de levissimâ culpâ*, selon la nature de l'affaire; sur quoi voyez ce que nous avons dit à l'égard du mandataire, *suprà*, *n.* 46 : *Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum præstare debes;* l. 11, ff. *de neg. gest.*

209. Quelquefois néanmoins le *negotiorum gestor* est tenu à un plus grand soin qu'un mandataire; car à des affaires communes pour lesquelles il suffiroit à un mandataire d'apporter un soin ordinaire, un *negotiorum gestor* est obligé quelquefois d'apporter tout le soin possible, et il est tenu *de levissimâ culpâ*. Cela a lieu lorsqu'il a empêché, en s'ingérant à la gestion de ces affaires, qu'elles ne fussent gérées par des personnes plus capables que lui, qui les auroient gérées : *Ad exactissimam diligentiam com-*

pellitur reddere rationem; nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modò alius diligentior eo commodiùs administraturus esset negotia. Instit. de oblig. quæ quasi ex contr.

210. Quelquefois même le *negotiorum gestor* est tenu des pertes qu'il a souffertes par cas fortuit dans la gestion de l'affaire qu'il a faite pour quelqu'un. C'est ce qui arrive lorsqu'il a fait pour moi et en mon nom un commerce que je n'avois pas coutume de faire. S'il n'a pas réussi dans ce commerce, et qu'il y ait de la perte, n'ayant pas approuvé ce commerce qu'il faisoit pour moi, je pourrai lui laisser la perte pour son compte : *Proculus interdùm etiam casum præstare debere : veluti si novum negotium quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras, veluti aliquam negotiationem ineundo; nam si quid damnum ex eâ re secutum fuerit, te sequetur, lucrum verò absentem. Quòd si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet*; l. 11, ff. *d. tit.*

En vain le *negotiorum gestor* opposeroit-il cette règle de droit : *Negotium gerentes alienum casum fortuitum præstare non compelluntur*; l. 22, *Cod. de neg. gest.* Cette règle a lieu à l'égard d'un mandataire qui n'excède pas les bornes de son mandat, et même à l'égard d'un *negotiorum gestor* qui gère sans procuration les affaires d'un absent, lorsque ce qu'il fait pour cet absent étoit quelque chose qu'il étoit nécessaire de faire, et que les affaires de cet absent exigeoient qui fût faite. Mais lorsqu'il s'ingère à faire pour cet absent des affaires que cet absent pouvoit se passer de faire, c'est sa faute de s'être mêlé en ce cas, sans besoin et sans nécessité, de ce qui ne le regardoit pas : *Culpa est se immiscere rei ad se non pertinenti*, l. 36, ff. *de Reg. Jur.*

211. Au contraire, il y a un cas dans lequel le *negotiorum gestor* n'est obligé d'apporter que de la bonne foi à sa gestion, et n'est pas tenu des fautes qu'il auroit commises dans sa gestion par imprudence ou par impéritie. C'est

le cas auquel les affaires d'un absent se trouvant abandonnées, personne ne se présentant pour en prendre soin, une personne, quoique peu habile et peu intelligente dans les affaires, en auroit entrepris la gestion, pour ne les pas laisser à l'abandon. C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Interdùm in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodò versari; nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris, æquissimum esse dolum duntaxat te præstare;* l. 3, §. 9, ff. *d. tit.*

Il ne faut pas conclure de ces termes, *dolum duntaxat te præstare*, que le *negotiorum gestor* ne soit pas tenu des fautes qui procèdent de négligence : lorsque la négligence qu'il a apportée à sa gestion est une négligence qu'il n'a pas pour ses propres affaires, de telles fautes sont comprises sous le terme général *de dol;* car c'est quelque chose de contraire à la bonne foi, et par conséquent une espèce de dol, que de n'avoir pas des affaires d'autrui le même soin qu'on a des siennes.

Il est évident que le précepte qui nous oblige d'aimer notre prochain comme nous-mêmes, nous oblige d'apporter aux affaires du prochain, lorsque nous les gérons, le même soin que nous apportons aux nôtres. Les fautes dont ce *negotiorum gestor* est excusé dans ce cas, sont seulement celles qui proviennent du défaut d'une habileté et d'une intelligence dans les affaires qu'il n'a pas, ou même du défaut d'un soin dont il n'est capable.

Cette décision d'Ulpien est très-équitable. On ne peut pas en ce cas opposer à ce *negotiorum gestor* qu'il est en faute de s'être ingéré dans une gestion dont il devoit se sentir incapable, puisqu'on suppose qu'il ne s'est ingéré dans la gestion de ces affaires que parcequ'elles étoient abandonnées, que personne ne vouloit les gérer, et qu'il étoit plus avantageux pour l'absent qu'elles fussent gérées par une personne sans intelligence, que d'être entièrement à l'abandon.

212. Enfin par rapport au dernier objet de l'obligation

du mandataire, qui est de rendre compte de sa gestion au mandant, et de lui en remettre ce qui lui en est parvenu, l'obligation du *negotiorum gestor* est en cela semblable à celle du mandataire : le *negotiorum gestor*, de même qu'un mandataire, est tenu de me rendre tout ce qui lui est parvenu de la gestion de mes affaires, et tout ce qu'il a reçu pour moi, non seulement lorsque ce qu'il a reçu pour moi m'étoit dû, mais même dans le cas auquel il auroit reçu pour moi quelque chose qui ne m'étoit pas due. Lorsque je juge à propos d'approuver le paiement qui lui en a été fait pour moi, et de lui en demander compte, il n'est pas recevable, pour se défendre de me rendre cette somme, à alléguer qu'elle ne m'étoit pas due : il suffit qu'il l'ait reçue pour moi, pour qu'il soit tenu de me la rendre : *Si quis negotia aliena gerens indebitum exegerit, restituere cogitur ;* l. 23, ff. *de neg. gest.*

Mais si ce *negotiorum gestor*, avant que de me rendre compte de cette somme, et avant que j'eusse approuvé le paiement qu'il en a reçu pour moi, ayant découvert qu'elle ne m'étoit pas due, l'eût rendue à celui qui la lui a payée, il ne seroit pas tenu de m'en rendre compte : mais ce seroit à lui à prouver que cette somme ne m'étoit pas due, et qu'il a eu raison de la rendre; car le paiement qui lui a été fait, la fait présumer due, tant qu'on ne justifie pas le contraire ; l. 25, ff. *de probat.*

213. Le *negotiorum gestor*, de même que le mandataire, étant tenu de rendre à celui dont il a géré les affaires, tout ce qui lui est parvenu de sa gestion, il doit le subroger à toutes les actions qu'il a acquises par sa gestion, et lui en laisser la disposition; voyez un exemple en la loi 48, ff. *de neg.;* voyez *suprà, n.* 60.

214. De l'obligation du *negotiorum gestor*, naît l'action *negotiorum gestorum directa*, qu'a celui dont on a fait les affaires, pour s'en faire rendre compte par la personne qui les a faites sans procuration.

J'ai cette action non seulement contre celui qui les a gérées par lui-même, mais aussi contre celui qui les a gé-

rées par un autre qu'il en a chargé : car en ayant chargé une personne, la gestion de cette personne est censée la sienne, suivant la règle : *Qui mandat, ipse fecisse videtur;* et il m'en est comptable. C'est ce qu'enseigne Paul : *Mandato tuo negotia mea L. Titius gessit; quod is non rectè gessit, tu mihi actione negotiorum gestorum teneris; non in hoc tantùm ut actiones tuas præstes, sed etiam quòd imprudenter eum elegeris, ut quidquid detrimenti negligentia ejus fecit, tu mihi præstes;* l. 21, §. *fin.*, ff. *de neg. gest.*

C'est même proprement contre vous qui avez chargé quelqu'un de gérer mes affaires, plutôt que contre celui qui les a gérées par votre ordre, que j'ai l'action *negotiorum gestorum;* car c'est entre vous et moi que s'est formé le quasi-contrat *negotiorum gestorum.* C'est vous qui êtes mon véritable *negotiorum gestor,* puisque c'est vous qui, en faisant faire mes affaires, aviez pour principale intention *animum negotium meum gerendi;* au lieu que celui qui les faisoit par votre ordre, avoit pour principale intention d'exécuter votre mandat.

Au reste, quoique ce soit principalement contre vous que j'ai l'action *negotiorum gestorum*, j'ai aussi une action *negotiorum gestorum utilem* contre celui qui les a gérées par votre ordre.

215. Lorsque deux personnes ont géré sans procuration les affaires d'un absent, ils ne sont tenus chacun de l'action *negotiorum gestorum* que pour ce que chacun d'eux a géré; ils n'en sont pas tenus solidairement. C'est ce que décide Modestinus en la loi 26, ff. *de neg. gest.*

En cela les *negotiorum gestores* sont différents des mandataires, et la raison de différence est évidente. Lorsqu'un mandant, par sa procuration, charge plusieurs mandataires de la gestion de ses affaires, sans partager entre eux la gestion, il charge chacun d'eux du total de sa gestion : chacun d'eux, en acceptant la procuration, se charge du total de cette gestion; ils s'obligent donc chacun à rendre compte du total de la gestion; ils en sont donc tenus soli-

dairement, ou l'un pour l'autre. Au contraire, lorsque deux ou plusieurs *negotiorum gestores* ont géré les affaires de quelqu'un sans mandat, celui dont ils ont géré les affaires ne les en ayant pas chargés, ils ne sont chargés chacun que de la partie que chacun d'eux a bien voulu gérer: ils ne doivent donc chacun rendre compte que pour cette partie; ils ne sont point tenus l'un pour l'autre.

216. Il est évident que cette action passe à l'héritier de celui dont on a fait les affaires, qui peut, en sa qualité d'héritier, demander qu'on lui rende le compte qui étoit dû au défunt; et qu'elle passe pareillement contre l'héritier du *negotiorum gestor*, qui doit rendre le compte que le défunt étoit tenu de rendre de sa gestion.

Il doit, dans ce compte, rendre non seulement compte de ce que le défunt a fait, mais des choses qui, lors de la mort du défunt, restoient à faire, et étoient une dépendance nécessaire de la gestion que le défunt avoit commencée : son héritier, en sa qualité d'héritier, est tenu de les achever et d'en rendre compte.

En cela l'héritier du *negotiorum gestor* est semblable à l'héritier d'un mandataire; voyez *suprà*, *n.* 101.

217. Mais si l'héritier du *negotiorum gestor* a fait, depuis la mort du défunt, de nouvelles affaires, c'est un nouveau quasi-contrat *negotiorum gestorum* qui se forme entre lui, et celui pour qui il a fait ces nouvelles affaires, à qui il est tenu de son chef d'en rendre compte.

218. La ratification ou l'approbation que celui au nom de qui et pour qui on a fait quelque affaire, donne à la gestion, n'éteint pas l'action qu'il a pour s'en faire rendre compte; cette approbation n'a d'autre effet que d'empêcher qu'il ne puisse désapprouver l'affaire qui a été faite pour lui, et l'empêcher de la laisser pour le compte de celu qui l'a faite; mais elle ne l'exclut pas de l'action qu'il a pour s'en faire rendre compte : *Erit et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio;* l. 7, ff. *de neg. gest.*, *in fine.*

ARTICLE II.

De l'obligation que celui dont on a fait quelque affaire sans son ordre, contracte envers celui qui l'a faite, et de l'action qui en naît.

Nous verrons, 1° quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît : 2° en quels cas il y a lieu à cette obligation, et à l'action qui en naît : 3° ce qu'il y a de préalable pour intenter cette action, et quels en sont les objets.

§. I. Quelle est cette obligation, et quelle est l'action qui en naît.

219. Celui dont on a fait utilement quelque affaire sans son ordre, contracte par le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, envers celui qui l'a faite, l'obligation de le rembourser et de l'indemniser de ce qu'il lui en a coûté pour la faire : on appelle cette obligation *obligatio contraria negotiorum gestorum.*

Cette obligation ne donne pas seulement au *negotiorum gestor* envers qui elle est contractée, le droit de se faire allouer en mise tout ce qu'il a dépensé pour sa gestion, dans le compte qu'il est obligé d'en rendre, sur la demande en reddition de compte qu'a droit de donner contre lui celui dont il a fait l'affaire ; elle lui donne en outre une action contre celui dont il a fait l'affaire, pour se faire rembourser des frais de sa gestion.

Cette obligation et l'action qui en naît sont appelées *contrariæ*, parceque dans le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, de même que dans le contrat de mandat, il n'y a d'obligation principale et essentielle que l'obligation de rendre compte, que celui qui a géré l'affaire contracte envers celui que cette affaire concerne; l'obligation de rembourser les frais de sa gestion, que celui-ci contracte, n'est qu'une obligation incidente, et qui n'est qu'accidentelle au quasi-contrat *negotiorum gestorum*, puisque si la gestion se faisoit sans frais, ce qui arrive quelquefois, le quasi-contrat *negotiorum gestorum* ne produiroit pas cette obligation.

§. II. Quand y a-t-il lieu à cette obligation, et à l'action qui en naît?

220. Pour que celui pour qui et au nom de qui on a fait une affaire, contracte l'obligation de rembourser des frais de sa gestion celui qui l'a faite, il faut ou qu'il ait depuis approuvé qu'on ait fait pour lui cette affaire, ou que ce fût une affaire indispensable, qu'il n'eût pas manqué de faire lui-même, s'il eût été à portée : autrement celui pour qui et au nom de qui on a fait l'affaire, en désapprouvant ce qui a été fait en son nom, et en laissant l'affaire pour le compte de celui qui l'a faite, ne contractera aucune obligation envers celui qui l'a faite, lequel n'aura aucune action contre lui : *Is enim negotiorum gestorum habet actionem qui utiliter negotia gessit : non autem utiliter negotia gerit qui rem non necessariam vel quæ oneratura est patrem-familiâs adgreditur ;* l. 10, §. 1, ff. *de neg. gest.*

221. Lorsque l'affaire étoit une affaire indispensable, ou une affaire à laquelle il a donné son approbation, pour qu'il soit tenu des frais de la gestion, il suffit que l'affaire ait été d'abord utilement faite, quoique, par quelque accident de force majeure, cette utilité ait depuis été détruite : *Sufficit utiliter gestum, quamvis non duraverit gestum.*

Par exemple, si en mon absence on a fait pour moi des réparations urgentes et nécessaires à ma maison ; quoique par l'évènement je n'en aie pas profité, parceque peu après ma maison a été incendiée par le feu du ciel, je ne laisserai pas de demeurer obligé à rembourser des frais de sa gestion celui qui les a fait faire. C'est ce qu'enseigne Ulpien : *Is qui negotiorum gestorum agit, non solùm si effectum habuit negotium quod gessit, actione istâ utetur, sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium ; et ideò si insulam fulsit, vel servum ægrum curavit, etiamsi insula exusta est, vel servus obiit, aget negotiorum gestorum ; d.* l. 10, §. 1.

222. Il en seroit autrement, si les réparations que quelqu'un a fait faire pour moi, en mon absence, à une mauvaise maison qui m'appartenoit, quoique nécessaires pour en

prévenir la ruine, étoient si coûteuses, que si j'eusse été sur les lieux, j'eusse mieux aimé laisser tomber la maison que de m'engager dans cette dépense : *si eam insulam fulsit quam dominus, quasi impar sumptui, dereliquerit, vel quam sibi necessariam non putavit.* Ulpien dénie en ce cas l'action à celui qui a fait pour moi cette dépense; car cette affaire qu'il a faite pour moi étant une affaire dans laquelle je n'eusse pas voulu m'engager, si j'eusse été sur les lieux, je ne dois pas être obligé à le rembourser de ses frais, lorsque je n'en ai pas profité.

Quand même celui qui a fait pour moi cette dépense, auroit de bonne foi cru faire pour le mieux, il suffit que l'affaire qu'il a faite pour moi fût une affaire dans laquelle je ne me fusse pas engagé, pour qu'il n'ait pas d'action contre moi : *Quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamiliâs non expediebat? Dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem; ut enim eventum non spectemus, debet esse utiliter cœptum*; *d.* l. 10, §. 1. Or, suivant le principe ci-dessus rapporté, *Non est* UTILITER COEPTUM, *quùm quis rem non necessariam adgreditur.*

Cela doit surtout avoir lieu lorsque celui qui a fait pour moi une affaire sans mon ordre, a été à portée et a eu le temps de me consulter avant que de la faire : je dois en ce cas être plus facilement écouté à dire, pour me défendre de sa demande, que s'il m'eût consulté, je n'aurois pas voulu m'engager dans cette affaire, et qu'il est en faute de l'avoir entreprise sans me consulter.

Mais s'il n'a pas été à portée de me consulter, je ne dois pas être si facilement écouté à dire, après la mauvaise réussite de l'affaire, que je n'aurois pas voulu m'y engager: il suffit en ce cas, pour que je sois tenu des frais de la gestion, que le bien de mes affaires ait paru exiger qu'on fît pour moi cette affaire.

Lorsque l'affaire est importante, le *negotiorum gestor* qui n'est pas à portée de me consulter, peut, à défaut de cela, pour sa plus grande sûreté, prendre l'avis de ma famille, qu'il assemblera pour cet effet devant le juge qui en

donnera acte : cet avis constatera que le bien de mes affaires exigeoit qu'on fît pour moi cette affaire; et quoique, par un évènement qu'on ne pouvoit prévoir, elle ait eu une mauvaise réussite, je ne pourrai me dispenser de rembourser le *negotiorum gestor* des frais de sa gestion.

223. Lorsque l'affaire étoit indispensable, ou lorsque celui pour qui elle a été faite y a donné son approbation, il suffit, à la vérité, au *negotiorum gestor*, pour qu'il ait la répétition des frais de sa gestion, qu'il ait d'abord utilement géré, quoique l'utilité de sa gestion n'ait pas subsisté. Mais il faut pour cela que ce soit par quelque accident de force majeure qu'elle n'ait pas subsisté. Il en seroit autrement si c'étoit par la faute de ce *negotiorum gestor* qu'elle n'eût pas subsisté. C'est ce qu'enseigne Gaïus : *Sive hæreditaria negotia, sive ea quæ alicujus essent, gerens aliquis, necessariò rem emerit, licèt ea interierit, poterit quod impenderit judicio negotiorum gestorum consequi, veluti si frumentum aut vinum familiæ paraverit, idque casu quodam interierit, fortè incendio aut ruinâ. Sed ità scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit : nam quùm propter ipsam ruinam vel incendium damnandus sit, absurdum est eum, illarum rerum nomine quæ ità consumptæ sunt, quicquam consequi;* l. 22, ff. *d. tit.*

224. Le principe que le *negotiorum gestor* qui a d'abord utilement géré une affaire indispensable, a action pour la répétition de ses frais, quoique l'utilité n'ait pas subsisté, recevoit par le droit romain une autre exception; c'est à l'égard des affaires des impubères.

Quelque indispensable qu'eût été l'affaire que quelqu'un avoit faite pour un impubère, celui qui l'avoit faite n'avoit d'action contre l'impubère, pour le remboursement des frais de sa gestion, que jusqu'à concurrence de ce que cet impubère se trouvoit en profiter au temps de la contestation en cause sur la demande du *negotiorum gestor* : c'est ce qu'enseigne Paul : *Litis contestatæ tempore quæri solet an pupillus cujus sine tutoris autoritate negotia gesta sunt,*

locupletior sit ex eâ re factus, cujus patitur actionem; l. 37, ff. *d. tit.*

Je ne crois pas que cette décision des lois romaines doive être suivie dans notre droit : il est bien vrai, à l'égard des contrats, qu'un impubère ne peut s'obliger en contractant sans l'autorité de son tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter du contrat.

Par exemple, si un impubère (ou même, selon notre droit français, un mineur, même pubère, qui est encore sous puissance de tuteur), a emprunté de quelqu'un une somme d'argent sans l'autorité de son tuteur, il ne sera obligé à la restitution des deniers qui lui ont été prêtés, que jusqu'à concurrence de ce qu'il sera trouvé en avoir profité au temps de la demande qui sera donnée contre lui.

La raison est que les contrats étant formés par le consentement des parties contractantes, le contrat fait par un impubère sans l'autorité de son tuteur, est nul, faute d'un consentement valable de la part de l'impubère, qui est présumé n'avoir pas le jugement assez formé pour pouvoir donner un consentement valable, sans être assisté et autorisé. L'impubère qui a contracté sans l'autorité de son tuteur, ne pouvant donc pas être obligé par le contrat, puisqu'il est nul, et que *quod nullum est, nullum potest producere effectum*, il ne peut l'être en ce cas que par l'équité naturelle, qui ne permet pas que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'un autre : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari;* et par conséquent il ne peut l'être que jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter au temps de la demande donnée contre lui; la demande qui est donnée contre lui, n'ayant d'autre fondement que cette raison d'équité, qui ne subsiste qu'autant que le mineur se trouve profiter du prêt que lui a fait le demandeur.

Il n'en est pas de même des quasi-contrats. Les obligations que les quasi-contrats produisent, étant formées

sans le consentement des personnes qui les contractent, il est indifférent que les personnes qui les contractent soient capables ou non de donner un consentement valable, puisque c'est sans leur consentement qu'elles contractent ces obligations.

Par exemple, dans le quasi-contrat *negotiorum gestorum*, celui pour qui on a fait une affaire indispensable, que la nécessité de ses affaires exigeoit qui fût faite, contracte entre celui qui l'a faite l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion, même dans le cas auquel, par quelque accident de force majeure, l'utilité de cette gestion viendroit à être détruite. Il la contracte sans son consentement, puisqu'il la contracte même avant que d'avoir aucune connoissance de la gestion qui la lui fait contracter. Il est donc indifférent, pour qu'il la contracte valablement, qu'il soit capable ou non de donner un consentement valable, puisque ce n'est pas par aucun consentement de sa part qu'il la contracte; et par conséquent, pour qu'il puisse valablement contracter cette obligation, il doit être indifférent qu'il soit impubère ou pubère, mineur ou majeur. Le droit romain ne devoit donc pas excepter du principe la gestion des affaires des impubères. Le droit romain accorde bien au tuteur l'action *contraria tutelæ* contre l'impubère, lorsqu'il a utilement géré, quoique depuis, par quelque cas imprévu, l'utilité de sa gestion n'ait pas subsisté : *Sufficit tutori benè et diligenter gessisse, etsi eventum adversum habuit quod gestum est;* l. 3, §. 7, ff. *de contrar. tut. act.* Pourquoi, en pareil cas, ne pas accorder de même contre l'impubère l'action *contraria negotiorum gestorum ?*

225. Il y a un cas auquel je ne contracte pas envers le *negotiorum gestor*, qui a fait utilement une affaire pour moi, l'obligation de le rembourser des frais de sa gestion, quoique j'en profite; c'est le cas auquel il seroit justifié que ce *negotiorum gestor* auroit empêché une autre personne de la faire, qui, par amitié pour moi, s'offroit à la faire à ses propres frais, sans en rien répéter.

§. III. Ce qu'il y a de préalable pour intenter l'action *contraria negotiorum gestorum*, et quels en sont les objets.

226. Le *negotiorum gestor* ne peut pas donner cette action contre celui dont il a fait l'affaire, qu'il ne lui présente un compte détaillé de sa gestion, et qu'il ne lui offre la communication de toutes les pièces justificatives.

Il est en cela semblable à un mandataire. La raison est que dans tous les contrats et quasi-contrats qui sont synallagmatiques, l'une des parties n'a pas droit de demander à l'autre qu'elle remplisse son obligation, si elle n'est prête elle-même de remplir la sienne : d'ailleurs ce n'est que par le compte que doit donner le *negotiorum gestor*, qu'on peut connoître la somme qu'il a droit de demander pour les frais de sa gestion.

Si celui à qui le compte est présenté, fournit des débats contre le compte, le *negotiorum gestor* doit y répondre; et il se forme en ce cas une instance de compte.

S'il n'en fournit aucuns, le *negotiorum gestor*, après l'avoir mis en demeure d'en fournir, peut poursuivre contre lui la condamnation de la somme qui se trouve par le compte lui être due pour les frais de sa gestion.

227. Cette action *contraria negotiorum gestorum*, de même que l'action *contraria mandati*, a deux objets.

Le premier est le remboursement des sommes que le *negotiorum gestor* a été obligé de débourser pour sa gestion.

Si par sa faute il a déboursé plus qu'il n'étoit nécessaire, il ne doit être remboursé que de ce qu'il suffisoit de débourser : *Si quis aliena negotia gerens plus quàm oportet impenderit, recuperaturum eum id quod præstari debuerit;* l. 25, ff. *de neg. gest.*

228. Le second objet de cette action est la décharge que le *negotiorum gestor* a droit de demander des obligations qu'il a contractées pour sa gestion.

Par exemple, s'il a fait des marchés avec des ouvriers pour des réparations aux maisons de la personne dont il

faisoit les affaires, et qu'il se soit obligé en son propre nom par ces marchés à en payer le prix, la personne dont il a fait les affaires, pour lui procurer la décharge qu'elle lui doit de ces obligations, doit lui rapporter ou la quittance des créanciers envers qui le *negotiorum gestor* s'est obligé, ou une décharge par laquelle ces créanciers acceptent pour débitrice en sa place la personne dont il a fait les affaires, et le déchargent. Faute par cette personne de rapporter au *negotiorum gestor*, ou la quittance, ou la décharge des créanciers envers qui il s'est obligé, il peut la poursuivre pour le paiement des sommes qu'il s'est obligé de payer; pourvu néanmoins que ce *negotiorum gestor* ne se soit pas, par sa faute, obligé à plus qu'il n'étoit nécessaire pour sa gestion; car la personne dont il a fait les affaires ne seroit obligée de l'indemniser que jusqu'à concurrence de ce qui étoit nécessaire.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE MANDAT.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE NANTISSEMENT.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Après avoir traité des différentes espèces de contrats qui se font principalement et pour eux-mêmes, tant des contrats intéressés de part et d'autre, soit commutatifs, soit aléatoires, que des contrats de bienfaisance, l'ordre est de venir aux contrats accessoires qui ne se contractent pas principalement et pour eux-mêmes, mais qui accèdent à un autre contrat ou à une autre obligation. Ces contrats sont le cautionnement et le contrat de nantissement. Nous avons traité assez au long du cautionnement dans notre *Traité des Obligations*, *partie* 2, *chap.* 6, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire un Traité particulier. Nous traiterons donc seulement du contrat de nantissement.

1. On peut définir le contrat de nantissement, un contrat par lequel un débiteur, ou un autre pour lui, donne au créancier une chose pour la détenir pardevers lui pour la sûreté de sa créance; et le créancier s'oblige de la lui rendre après que sa créance aura été acquittée.

2. La chose qui est donnée par ce contrat au créancier, s'appelle *nantissement;* elle s'appelle aussi *gage*, et en latin *pignus*.

Le nantissement diffère de l'hypothèque, en ce que

le nantissement se fait par la tradition de la chose qui est remise entre les mains du créancier; au lieu que l'hypothèque est un droit que le créancier acquiert dans les biens de son débiteur, qui en sont susceptibles, sans que son débiteur lui en fasse aucune tradition.

3. La seule convention n'est pas néanmoins suffisante dans notre droit françois pour établir l'hypothèque; elle ne peut naître que d'un acte par-devant notaires, par lequel le débiteur se soit obligé; ou d'un jugement de condamnation rendu contre lui.

A l'égard du contrat de nantissement, nous verrons, dans un premier chapitre, ce qui est de l'essence de ce contrat, à quelles classes de contrats il appartient, et quelles sont les clauses que les lois réprouvent dans ce contrat. Nous traiterons, dans un second chapitre, du droit qu'acquiert le créancier dans la chose qui lui a été donnée en nantissement; des obligations qu'il contracte, et de l'action *pignoratitia directa*, qui en naît. Nous parlerons, dans le troisième, des obligations que contracte celui qui a donné la chose en nantissement, et de l'action *pignoratitia contraria*, qui en naît.

CHAPITRE PREMIER.

De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement; à quelles classes de contrats il appartient, et des clauses que les lois réprouvent dans ce contrat.

ARTICLE PREMIER.

De ce qui est de l'essence du contrat de nantissement.

4. Il est de l'essence du contrat de nantissement, 1° qu'il y ait une chose qui en soit l'objet; 2° qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose, si elle n'est déja par-devers

le créancier à qui elle est donnée en nantissement; 3° qu'elle lui soit donnée afin qu'il la détienne pour sûreté de sa créance.

§. I. Des choses qui peuvent être l'objet du contrat de nantissement.

5. Ce sont les meubles corporels qui sont ordinairement l'objet du contrat de nantissement. C'est pourquoi Gaïus dit : *Pignus appellatum à pugno, quia res quæ pignori dantur, manu traduntur : undè etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui;* l. 238, §. 2, ff. *de V. S.* Néanmoins les héritages peuvent être aussi l'objet de ce contrat; l. 34; l. 39, ff. *de pign. act.;* l. 2; l. 3, *Cod. d. tit.;* l. 50, §. 1, ff. *de jur. dot. et passim.* C'est ce qui arrive lorsqu'on met un créancier en possession d'un héritage, pour qu'il en perçoive les fruits en déduction de ses créances, jusqu'au parfait paiement, dont il doit rendre compte à celui qui le lui a donné en nantissement. Ce nantissement procure au créancier la facilité de se payer par ses mains sans frais, sans être obligé d'en venir à des saisies de l'héritage ou des fruits, qui sont des voies très-coûteuses.

6. On peut donner en nantissement de l'argent comptant : on trouve un exemple de cette espèce de nantissement dans des statuts de bibliothèques publiques, qui permettent aux bibliothécaires de prêter des livres à des étudiants, à la charge qu'ils remettront au bibliothécaire une somme de deniers du double de la valeur des livres en nantissement, et pour sûreté de la restitution des livres prêtés.

A l'égard des choses incorporelles, telles que sont des dettes actives, elles ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat (1) : *Incorporales*

(1) Cela est conforme aux principes du droit romain. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats réels, qui se forment par la tradition réelle de la chose qui en fait l'objet. Il est de la substance de ce contrat, que la chose donnée en nantissement soit remise entre les mains du créancier à qui elle est donnée en nantissement. C'est ce qui a fait donner le nom de *pignus* aux choses données en nantissement : *pignus*

res traditionem non recipere manifestum est; l. 43, §. 1, ff. *de acq. rer. dom.*

Il est évident que les choses qui sont hors de commerce ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, comme elles ne le sont pas des autres contrats.

7. Mais il n'est pas nécessaire, pour la validité du contrat de nantissement, que la chose appartienne au débiteur qui l'a donnée en nantissement, ni même que le propriétaire de cette chose ait consenti au contrat.

Il est bien vrai que cette chose ne peut pas, sans le consentement du propriétaire à qui elle appartient, être obligée au créancier à qui elle est donnée en nantissement, et que le propriétaire peut la réclamer entre les mains du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, et le faire condamner à la lui rendre, quoiqu'il n'ait pas été payé de sa dette. Mais quoique la chose en ce cas ne soit

---

appellatum à pugno, *quia res quæ pignori dantur, manu tradunturj* l. 238, §. 2, ff. *de verb. sign.* Les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, n'étant pas susceptibles de la tradition réelle, *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est;* l. 43, §. 1, ff. *de acq. rer. dom.*, c'est une conséquence qu'elles ne peuvent être susceptibles du contrat de nantissement.

En vain, pour soutenir que les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, sont susceptibles du contrat de nantissement, opposeroit-on la loi 9, §. 1, ff. *de pign. et hypoth. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* Car quoique ces termes, *pignus, pignoratio*, se disent *propriè et strictè* de l'espèce de gage qui se contracte par le contrat de nantissement, ils se prennent aussi communément, *lato sensu*, pour des termes généraux qui comprennent l'une et l'autre espèce de gage, tant celle qui se contracte, *jure civili*, par le contrat de nantissement, que celle qui se contracte, *jure prætorio*, par la simple convention, sans tradition. C'est en ce sens qu'est pris ce terme *pignus* par Ulpien, lorsqu'il dit: *Pignus contrahitur non solâ traditione, sed etiam nudâ conventione, etsi traditum non est*; l. 1, ff. *de pign. act.* C'est aussi en ce sens général que le terme *pignorationem* est pris dans la loi opposée. On ne doit donc pas conclure de cette loi que les choses incorporelles, telles que sont les dettes actives, *quæ emptionem venditionemque recipiunt*, fussent susceptibles du contrat de nantissement; on doit inférer seulement qu'elles étoient, par le droit romain, susceptibles de l'espèce de gage qui se formoit, *jure prætorio*, par une simple convention.

Néanmoins j'ai appris, depuis l'impression de mon Traité, qu'on avoit

pas obligée au créancier par le contrat de nantissement, quoiqu'il n'acquière pas dans cette chose *jus pignoris*, celui qui la lui a donnée en nantissement, n'ayant pu lui donner un droit dans une chose dans laquelle il n'en avoit lui-même aucun, le contrat de nantissement ne laisse pas d'être valable comme contrat de nantissement, et de produire entre les parties contractantes les obligations réciproques qui naissent des contrats de nantissement.

C'est pourquoi Ulpien dit : *Is quoque qui rem alienam pignori dedit, solutâ pecuniâ potest pignoratitiâ experiri;* l. 9; §. 4, ff. *de pign. act.* Et ailleurs : *Si prædo rem pignori dederit, competit ei et de fructibus pignoratitia actio;* l. 22, §. 2, ff. *d. tit.*

§. II. De la tradition.

8. Il est de l'essence du contrat de nantissement que le créancier soit mis en possession réelle de la chose qui lui est donnée en nantissement.

---

introduit dans notre jurisprudence françoise une espèce de nantissement de dettes actives, qui se fait de cette manière : Le propriétaire de dettes actives qu'on veut donner en nantissement, en fait, par acte devant notaires, transport à titre de nantissement, au créancier à qui on les veut donner en nantissement, et lui remet en mains les titres desdites dettes actives, qui consistent en billets ou brevets d'obligation. Ce transport est ensuite signifié aux débiteurs desdites dettes actives. Cette espèce de nantissement de dettes actives a été autorisée par un arrêt de la Cour des aides, du 18 mars 1769, au profit du marquis de Girardin, contre les directeurs des créanciers du sieur Roussel, fermier-général. Ledit sieur Roussel, débiteur envers le marquis de Girardin d'une somme de quatre cent mille livres, lui avoit donné en nantissement, dans la forme telle que nous venons de l'exposer, une créance de trois cent dix mille livres qu'il avoit sur les fermes générales, pour avances par lui faites, contenue en quatre récépissés du receveur des fermes. La cour a jugé valable ce nantissement, et a accordé au marquis de Girardin le même privilége sur cette créance de trois cent dix mille livres, dont on l'avoit nanti, que celui que des créanciers à qui on auroit donné en nantissement une chose corporelle auroient sur cette chose.

C'est à M. Collet, avocat au parlement, que je suis redevable de cette observation. Il a eu la bonté de me faire part de l'arrêt rendu au profit du marquis de Girardin, dont il avoit été le défenseur. Je n'ai pu, faute de savoir son adresse, lui en faire par lettre mes remercîments; je les lui fais ici publiquement.

C'est pourquoi il est de l'essence de ce contrat qu'il intervienne une tradition réelle de cette chose; à moins qu'elle ne se trouvât déja par-devers le créancier à un autre titre, *putà*, de prêt ou de dépôt : en ce cas, étant impossible de faire à quelqu'un la tradition réelle d'une chose qu'il a déja par-devers lui, le contrat de nantissement se fait en convenant que la chose que le créancier a déjà par-devers lui, à titre de prêt ou de dépôt, lui demeure dorénavant à titre de nantissement. Cette convention renferme, selon les docteurs, une espèce de tradition qu'ils appellent *brevis manûs*, par laquelle on feint que le créancier a rendu la chose qu'il tenoit à titre de prêt ou de dépôt, et qu'il l'a incontinent reçue de nouveau à titre de nantissement.

Hors ce cas, le contrat de nantissement ne peut se faire absolument sans une tradition réelle de la chose qui est donnée en nantissement.

9. Il est vrai que je puis convenir avec mon créancier que je lui donnerai des gages, et que cette convention est valable et obligatoire par le seul consentement : mais cette convention n'est pas le contrat de nantissement; elle le précède, et en est différente, comme la promesse de vendre est différente du contrat de vente; *Traité du Contrat de vente, part.* 5.

§. III. Il faut que la fin pour laquelle la chose est donnée, soit pour que celui à qui elle est donnée la détienne pour sûreté de sa créance.

10. Cette fin est de l'essence du contrat de nantissement; c'est elle qui le caractérise, et le différencie des autres contrats réels. Dans le contrat de prêt, la chose est donnée pour que celui à qui elle est donnée en fasse un certain usage : elle est donnée, dans le contrat de dépôt, pour que celui à qui elle est donnée rende à celui qui la lui a donnée en dépôt, le bon office de la lui garder : dans le contrat de nantissement, elle est donnée pour que celui à qui elle est donnée, la détienne pour sûreté de sa créance. Ce sont ces différentes fins qui caractérisent ces différents contrats.

11. Il n'importe quelle soit la créance pour sûreté de laquelle la chose soit donnée en nantissement.

De même qu'on peut donner des cautions pour toutes sortes d'obligations, comme nous l'avons vu en notre *Traité des Obligations*, on peut aussi donner des gages pour toutes sortes d'obligations.

12. Il suffit même, pour que le contrat de nantissement subsiste, que la chose ait été donnée à quelqu'un afin qu'il la détienne pour sûreté d'une créance qu'on se proposoit de contracter envers lui, quoiqu'elle n'ait pas été contractée; ou d'une créance qu'on croyoit exister, et qui n'existoit pas.

Il est vrai qu'il ne peut y avoir de gage sans une créance à laquelle le gage accède : mais dans ce cas, quoique la chose qui a été donnée en nantissement ne devienne pas obligée à celui à qui elle a été donnée en nantissement, faute de créance à laquelle cette chose puisse être obligée, néanmoins le contrat par lequel elle a été donnée en nantissement, ne laisse pas d'être valable comme contrat de nantissement, et de produire entre les parties contractantes les actions qui naissent des contrats de nantissement. C'est ce que nous apprend Ulpien : *Si quasi daturus tibi pecuniam pignus accepero nec dedero, pignoratitiâ actione tenebor, et nullâ solutione factâ;* l. 11, §. 2, ff. *de pign. act.*

ARTICLE II.

A quelles classes de contrats appartient le contrat de nantissement.

13. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats réels, puisqu'il ne se peut faire que par la tradition de la chose qui est donnée en nantissement, comme nous l'avons vu en l'article précédent, §. 2.

14. Il est de la classe des contrats synallagmatiques; car il produit des obligations réciproques. Il est de celle des synallagmatiques imparfaits; car dans ce contrat il n'y a que l'obligation que le créancier qui a reçu la chose, contracte de rendre cette chose, lorsque la dette aura été

acquittée, qui soit l'obligation principale de ce contrat, et qui est pour cela appelée *obligatio pignoratitia directa.* Les obligations que contracte celui qui a donné la chose en nantissement, ne sont qu'incidentes au contrat, et ne lui sont pas essentielles; et c'est pour cela qu'on les appelle *obligatio pignoratitia contraria.*

15. Le contrat de nantissement est de la classe des contrats intéressés de part et d'autre; il intervient pour l'intérêt réciproque des parties. Le créancier à qui la chose est donnée en nantissement, trouve dans ce contrat la sûreté de sa créance; et celui qui donne la chose en nantissement, trouve dans ce contrat le crédit dont il a besoin, qu'on ne lui feroit pas sans le nantissement. Ce n'est que dans la vue de se procurer ce crédit, qu'il n'auroit pas sans cela, et non dans la vue de faire un bienfait à son créancier, que le débiteur lui donne par ce contrat sa chose en nantissement : d'où il suit que le contrat n'est pas un contrat de bienfaisance, mais un contrat intéressé de part et d'autre.

16. Lorsque c'est un tiers qui, par pure amitié pour le débiteur, et à sa prière, a donné pour lui la chose en nantissement, il y a en ce cas deux contrats : un contrat de nantissement, qui intervient entre le créancier et celui qui lui donne la chose en nantissement; et un contrat de mandat, qui intervient entre celui qui a donné la chose en nantissement pour le débiteur, et le débiteur à la prière duquel il l'a donnée. Il n'y a que ce dernier contrat qui renferme un bienfait que celui qui a donné sa chose en nantissement fait au débiteur pour qui il l'a donnée; le contrat de nantissement n'en renferme aucun; le créancier ne reçoit pas la chose qui lui est donnée en nantissement, à titre de bienfait, mais pour la sûreté du crédit qu'il n'auroit pas accordé sans cela.

17. Enfin le contrat de nantissement est de la classe de ceux qui se régissent par les règles du pur droit naturel; le droit civil ne l'a assujetti à aucunes formes. Celles prescrites par l'ordonnance de 1673, *tit.* 6, *art.* 8 *et* 9, ne

concernent pas la substance de ce contrat. Voici les termes de ces articles : « Aucun prêt ne sera fait sous gages, qu'il « n'y en ait un acte par-devant notaires, dont sera retenu « minute, qui contiendra la somme prêtée et les gages qui « auront été délivrés ; à peine de restitution des gages, à « laquelle le prêteur sera contraint par corps, sans qu'il « puisse prétendre de privilége sur les gages, sauf à exer- « cer ses autres actions ; *art.* 8. Les gages qui ne pourront « être exprimés dans l'obligation, seront énoncés dans une « facture ou inventaire, dont sera fait mention dans l'obli- « gation ; et la facture ou inventaire contiendra la quan- « tité, qualité, poids et mesures des marchandises ou autres « effets donnés en gage ; sous les peines portées par l'ar- « ticle précédent ; *art.* 9. »

M. Jousse a fort bien remarqué, dans son commentaire sur ces articles, que les formalités requises par ces articles ne le sont qu'à l'égard des tiers, et non entre les parties contractantes, qui ne sont pas reçues à en opposer l'inobservation. Elles ne touchent donc pas la substance du contrat ; elles ne sont requises que pour empêcher les fraudes qu'on pourroit commettre envers des tiers, et sur-tout pour assurer, en cas de faillite du débiteur, la date des nantissements. C'est principalement en ce cas que le créancier qui n'a pas observé les formalités prescrites par ces articles, peut être contraint à rapporter les choses qu'il a reçues en nantissement, sans pouvoir exercer aucun privilége. On présume qu'elles ont pu lui avoir été données en nantissement dans le temps de la faillite, et par conséquent dans un temps auquel il n'étoit plus permis au débiteur de les donner en nantissement à un de ses créanciers, au préjudice des autres.

ARTICLE III.

Des clauses que les lois ont réprouvées dans le contrat de nantissement.

18. Constantin, en la loi dernière, *Cod. de pact. pign.*, proscrit, dans les contrats de nantissement, la clause appelée *lex commissoria*, ou pacte commissoire.

C'est un pacte par lequel les parties convenoient que si le débiteur, dans un certain temps, ne retiroit pas la chose donnée en nantissement, en acquittant entièrement la dette, ledit temps passé, la chose seroit de plein droit acquise irrévocablement au créancier en paiement de la dette.

Cette loi a été adoptée dans notre jurisprudence. Elle est nécessaire pour empêcher les fraudes des usuriers, lesquels trouveroient dans cette clause un moyen ouvert de tirer un profit excessif des sommes d'argent qu'ils prêteroient, en prêtant de l'argent sur des gages de valeur du double de la somme prêtée, à des personnes qu'ils prévoyoient ne devoir pas être en état de rendre la somme au temps convenu.

19. Il ne faut point comprendre avec le pacte commissoire, celui par lequel les parties conviennent que faute par le débiteur de payer dans un certain temps la somme pour laquelle la chose a été donnée en nantissement, ledit temps passé, la chose demeureroit acquise au propriétaire en paiement de la dette, non pas *simpliciter*, comme dans le pacte commissoire, mais suivant l'estimation qui en seroit alors faite par personnes dont les parties conviendroient, et sauf à elles à se faire respectivement raison de ce que la chose seroit estimée plus ou moins que la chose due. Ce pacte ne renferme aucune injustice, et il est très-permis : *Potest ità fieri pignoris datio, ut si intrà certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc æstimandam; hoc enim casu videtur quodammodò conditionalis venditio;* l. 16, §. *fin.* ff. *de pign. et hyp.*

Le créancier à qui la chose a été donnée en nantissement doit, en exécution de cette clause, après l'expiration du temps dans lequel la dette devoit être acquittée, assigner le débiteur qui la lui a donnée en nantissement, pour convenir d'experts qui fassent l'estimation de cette chose, et pour voir dire que la chose lui demeurera en paiement de sa créance, pour l'estimation qui en aura été faite.

Sur cette assignation, intervient une première sentence qui ordonne l'estimation. Ce n'est que par la sentence définitive, qui, en homologuant le rapport, ordonne que, conformément à la convention, la chose appartiendra au créancier pour la somme portée au rapport, que le créancier est fait propriétaire de cette chose.

Lorsque l'estimation monte plus haut que ce qui est dû au créancier, il faut, outre cela, pour que le créancier soit fait propriétaire de la chose, qu'il ait payé l'excédant au débiteur, ou que sur son refus il l'ait consigné.

Jusqu'à la sentence définitive, et jusqu'au paiement ou consignation de l'excédant, le débiteur, en faisant des offres réelles de payer tout ce qu'il doit, et les dépens faits jusqu'au jour de ses offres, est recevable à demander la restitution de la chose donnée en nantissement.

20. L'antichrèse étoit un pacte usité parmi les Romains, par lequel on convenoit que le créancier à qui on donnoit une chose en nantissement, percevroit à son profit les fruits de cette chose pour lui tenir lieu des intérêts de la somme qui lui étoit due; l. 11, §. 1, ff. *de pign. et hyp.*

Notre jurisprudence françoise a réprouvé cette convention. Non seulement elle n'est pas permise dans le contrat de prêt, dans lequel nos lois ne permettent pas d'exiger des intérêts de la somme prêtée; elle ne l'est pas non plus dans un contrat de constitution; et nonobstant cette clause, et sans y avoir égard, le débiteur de la rente est fondé à demander au créancier un compte des fruits qu'il a perçus, et à exiger de lui la somme dont ils se trouveroient excéder celle qu'il peut licitement exiger pour les arrérages de la rente; sans cela un créancier de rente auroit, par ce pacte d'antichrèse, une voie ouverte de se faire payer une rente plus forte que les lois ne le permettent.

CHAPITRE II.

Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement; des obligations qu'il contracte par le contrat de nantissement, et de l'action *pignoratitia* qui en naît.

ARTICLE PREMIER.

Du droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui sont données en nantissement.

21. Le créancier à qui une chose a été donnée en nantissement par celui qui avoit le droit d'en disposer, acquiert dans cette chose un droit de gage, *jus pignoris.*

Ce droit renferme en premier lieu celui de détenir la chose par-devers lui, pour sûreté de sa créance.

De là il suit que si le débiteur emportoit, à l'insu et contre le gré de son créancier, la chose qu'il lui a donnée en nantissement, il commettroit un vol; non pas à la vérité un vol de la chose même, car on ne peut pas être voleur de sa propre chose : *Rei nostræ furtum facere non possumus;* Paul, *sent.* 11, 32, 20; mais il commettroit un vol de la possession de cette chose, laquelle possession appartient au créancier; le débiteur, par le contrat de nantissement, s'en étant dépouillé, et l'ayant transférée au créancier. C'est ce que nous enseigne Ulpien : *Qui rem pignori dat eamque subripit, furti actione tenetur;* l. 19, §. 5, ff. *de furt.*

22. Observez que le créancier n'acquiert que le droit de détenir la chose. Le débiteur qui l'a donnée en nantissement, en conserve la propriété : *Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem;* l. 35, §. 1, ff. *de pign. act.*

23. Le créancier à qui la chose a été donnée en nantissement, n'a que le droit de la détenir; il n'a pas le droit de s'en servir, ni, lorsque la chose est frugifère, d'en appliquer à son profit les fruits; mais il doit les percevoir en paiement et déduction de sa créance, et il en doit compter au débiteur, comme nous le verrons *infrà, art.* 2.

24. Le droit qu'acquiert le créancier dans la chose qui lui est donnée en nantissement, renferme en second lieu celui de la vendre, pour se payer, sur le prix, de ce qui lui est dû.

Il faut pour cela qu'il obtienne sentence contre le débiteur, qui ordonne que faute par le débiteur de payer, le créancier pourra faire vendre les effets donnés en nantissement.

25. Cette vente doit se faire par un huissier, au lieu accoutumé où se font les ventes judiciaires; et l'on y doit observer, si ce sont des meubles, les formalités requises par l'ordonnance de 1667, pour la vente des meubles saisis. Lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés en nantissement, il faut les vendre avec les formalités requises pour les saisies réelles. Le juge, néanmoins, lorsque l'héritage n'est pas de grande valeur, peut permettre qu'il sera vendu sur une affiche et trois publications.

26. Enfin le droit qu'acquiert le créancier dans les choses qui lui ont été données en nantissement, est que lorsqu'il les fait vendre, il est préféré sur le prix à tous les autres créanciers du débiteur qui les lui a données en nantissement.

Cela a lieu lorsque les choses qui ont été données en nantissement sont des meubles, ces choses, ou n'étant pas susceptibles d'hypothèque, ou du moins, dans les provinces où elles en sont susceptibles, n'ayant pas de suite par hypothèque, lorsqu'elles ne sont pas en la possession du débiteur.

Lorsque ce sont des héritages qui ont été donnés en nantissement, le créancier à qui ils ont été donnés en nantissement, ne peut y avoir de droit au préjudice des hypothèques des autres créanciers. C'est pourquoi, lorsqu'ils sont vendus, il ne peut être colloqué dans l'ordre, que selon la date de son hypothèque.

Observez encore que, pour que le créancier qui a reçu des meubles en nantissement jouisse du privilége que le nantissement donne sur les autres créanciers, il faut sur-

tout, en cas de faillite, qu'il se soit conformé aux dispositions de l'ordonnance de 1673, *tit.* 6, *art.* 8 *et* 9. Voyez *suprà, n.* 17.

27. Il nous reste à observer que, pour qu'un créancier puisse acquérir un droit de gage sur les choses qui lui ont été données en nantissement, il faut qu'elles lui aient été données par celui à qui elles appartiennent, ou de son consentement.

Il est évident que si le débiteur n'a aucun droit dans les choses qu'il donne en nantissement, il ne peut pas, en les donnant en nantissement, transférer aucun droit de *gage* dans ces choses au créancier à qui il les donne en nantissement, suivant cet axiome : *Nemo potest plus juris in alium transferre quàm ipse haberet;* l. 54, ff. *de Reg. Jur.* Le créancier qui les a reçues en nantissement, sera donc sujet à en être évincé par le propriétaire de ces choses, qui n'a pas consenti au nantissement.

Mais quoique le créancier n'ait acquis aucun droit de gage, tant que le propriétaire ne les réclame pas, le débiteur ne peut pas les répéter avant que la dette ait été entièrement acquittée : il ne seroit pas recevable à alléguer pour cela que le créancier n'a aucun droit de gage dans la chose qu'il lui a donnée en nantissement, n'ayant pu par lui-même lui transférer aucun droit de gage dans cette chose; car il n'est pas recevable à dire qu'il n'est pas propriétaire, après s'être porté pour tel, en donnant la chose en nantissement; et tant que le véritable propriétaire ne se présente pas, c'est de sa part exciper du droit d'autrui.

28. Il y a plus : quand même ce débiteur qui a donné en nantissement une chose qui ne lui appartient pas, seroit devenu depuis héritier de celui qui en étoit le propriétaire, il ne seroit pas recevable à intenter, en sa qualité d'héritier, l'action en revendication qu'auroit pu intenter le défunt contre le créancier qui la détient à titre de nantissement; car l'obligation que contracte celui qui donne une chose en nantissement, de défendre le créancier à qui il la donne, de tous troubles en la possession de cette

chose (comme nous le verrons au chapitre suivant), donne en ce cas au créancier une exception contre cette action.

ARTICLE II.

Des obligations du créancier à qui la chose a été donnée en nantissement.

29. La principale obligation qui naît du contrat de nantissement, est l'obligation que contracte le créancier de rendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, à celui qui la lui a donnée, après que la dette aura été entièrement acquittée.

30. Cette obligation, de même que toutes les obligations de corps certains, s'éteint lorsque, sans sa faute, la chose est périe : *Pignus in bonis debitoris permanere, ideòque ipsi perire in dubium non venit;* l. 9, *Cod. de pign. Creditor pignora quæ casu interierunt præstare non compellitur, nec à petitione debiti summovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem;* l. 6, *Cod. d. tit.*

31. Il en est de même lorsque la chose est perdue sans la faute du créancier qui l'a reçue en nantissement : *Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, restituere id non cogitur;* l. 5, *Cod. d. tit.*

Mais il ne lui suffit pas, pour être déchargé de son obligation, d'alléguer que la chose est perdue; il faut qu'il ait la preuve de l'accident qui a causé cette perte, et qu'il n'a pu l'empêcher. C'est pourquoi la loi ajoute : *Sed si culpæ reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse, quanti debitoris interest condemnari debet.*

Tous les principes généraux que nous avons rapportés en notre *Traité des Obligations, part.* 3, *chap.* 6, sur l'extinction ou la perte de la chose due, reçoivent ici application. J'y renvoie.

32. Une seconde obligation du créancier qui a reçu la chose en nantissement, est celle d'apporter à la conservation de cette chose un soin convenable. C'est une suite de la première obligation. Tout débiteur qui est obligé à rendre

une chose, est obligé à la conserver pour la rendre; l'obligation de la fin renferme celle des moyens nécessaires pour y parvenir.

Quel est le degré de soin que doit apporter le créancier qui a reçu la chose en nantissement, et de quel degré de faute est-il tenu? Cette question se décide par le principe tiré de la loi 5, ff. *commod.*, que nous avons rapporté en notre *Traité des Obligations*, *n.* 142. Le contrat de nantissement étant un contrat qui se fait pour l'intérêt réciproque des parties contractantes, le créancier qui a reçu une chose en nantissement doit, suivant ce principe, apporter à cette chose un soin ordinaire; et il est en conséquence tenu de la faute qu'on appelle légère : *Ea quæ diligens paterfamiliâs in suis rebus præstare solet, à creditore exiguntur;* l. 14, ff. *de pign. act.*

33. La faute dont le créancier est tenu, est non seulement celle qui se commet *in admittendo*, comme si par imprudence il a cassé un miroir qui lui avoit été donné en nantissement; mais pareillement celle qui se commet *in omittendo*, comme si la chose qui lui a été donnée en nantissement s'est égarée ou a été volée chez lui, faute par lui d'avoir apporté le soin qu'il devoit pour la garder : *Sicut vim majorem pignorum præstare creditor non habet necesse; ita dolum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur;* l. 11, *Cod. de pign. et hyp.*

34. Le soin auquel le créancier est obligé, n'est que le soin ordinaire qu'ont coutume d'apporter les bons pères de famille à leurs affaires; on ne doit pas exiger de lui *exactissimam dilicentiam*, dont peu de personnes sont capables, et il n'est tenu que de la faute qu'on appelle *légère, de levi culpâ*; il n'est pas tenu *de levissimâ culpâ*. C'est ce qui est très-clairement décidé par la loi 5, §. 2, ff. *commod.*, où le contrat de nantissement est rapporté expressément entre les contrats qui se font pour l'utilité réciproque des parties contractantes, dans lesquels le débiteur est tenu de la faute ordinaire; et on les distingue en cela du contrat *de prêt, commodatum*, lequel étant

pour l'utilité seule de celui qui a reçu la chose, exige de lui un plus grand soin que le soin ordinaire que demandent ces contrats, qui sont faits pour l'utilité réciproque des parties : *Ubi utriusque utilitas vertitur* (y est-il dit), *ut in empto, ut in locato, ut in dote,* UT IN PIGNORE, *ut in societate, et dolus et culpa præstatur. Commodatum autem plerumquè solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideò verior est Q. Mutii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam.* Ces termes *et diligentiam,* qui sont ici pour enchérir sur la faute *quæ præstatur in superioribus contractibus,* signifient évidemment que le contrat de prêt, *commodatum,* demande de l'emprunteur un plus grand soin que celui auquel on est obligé dans les autres contrats dont il venoit de parler, et qu'il demande le soin le plus exact; *non solùm præstare debet culpam ut in superioribus contractibus, sed et diligentiam;* et qu'au contraire les autres contrats parmi lesquels le contrat de nantissement est rapporté, ne demandent qu'un soin ordinaire, et que le débiteur n'y est en conséquence tenu que *de levi culpâ,* et non *de levissimâ culpâ.*

La loi 19, *Cod. de pign. act.,* peut paroître contraire à ces principes. Le créancier paroît n'y être déchargé de la perte de la chose qui lui a été donnée en nantissement, qu'en cas de force majeure : *Sicut vim majorem pignorum creditor præstare non habet necesse :* d'où il paroît suivre qu'il est tenu de toutes les espèces de fautes, *etiam de levissimâ culpâ.*

La réponse est, que la loi 19 décide seulement que le créancier n'est déchargé que des cas fortuits, et qu'il est tenu de la faute; mais elle laisse à examiner comment, dans le contrat de nantissement, doit s'estimer la faute.

Elle s'estime différemment dans les différents contrats. Dans ceux qui, comme celui du prêt à usage, *commodatum,* demandent du débiteur le soin le plus exact, le débiteur est estimé en faute toutes les fois qu'il y a manqué:

mais dans les contrats qui ne demandent qu'un soin ordinaire, il n'y a que le défaut de ce soin qui soit estimé être une faute. Le défaut d'un soin plus exact, et d'une prévoyance dont quelques personnes peuvent être capables, mais dont le commun des hommes n'est pas capable, n'est pas regardé comme une faute; il est mis au rang des cas fortuits.

La loi 13, §. 1, ff. *de pign. act.*, paroît encore plus opposée à nos principes, le contrat de nantissement y étant assimilé au contrat de prêt, *commodatum*; il y est dit : *Venit in hâc actione* (*pignoratitiâ*) *et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia, vis major non venit.*

A ce texte deux réponses. La réponse commune est, qu'Ulpien, dans ces termes, *ut in commodato*, n'entend dire autre chose, sinon que dans l'un et dans l'autre contrat le créancier, comme l'emprunteur, est tenu à la garde de la chose; mais il n'entre point dans l'examen des différents degrés de soin qu'ils sont tenus d'apporter à cette garde, selon la différente nature de ces contrats.

Noodt donne une autre réponse. Il soupçonne une erreur dans la leçon du texte; il pense qu'on a pu, par erreur, écrire ou lire *ut* pour *at*, et il croit qu'on doit lire, *venit in hâc actione et dolus et culpa; at in commodato venit et custodia, vis major non venit.* Je crois que la première réponse peut suffire, et que la correction du texte n'est pas nécessaire.

35. Une troisième obligation du créancier à qui on a donné une chose en nantissement, est celle de rendre compte à celui qui la lui a donnée, des fruits qu'il a perçus de cette chose, et généralement de tout ce qui en est provenu : car tout cela doit venir en déduction et paiement de la dette pour laquelle la chose lui a été donnée en nantissement; il est juste que le créancier lui en compte, sous la déduction des fruits.

36. Doit-il compter non-seulement des fruits qu'il a perçus de la chose qui lui a été donnée, mais de même de ceux qu'il a manqué par sa faute de percevoir? Je pense

qu'il en est tenu; car lorsqu'on donne en nantissement à un créancier une chose frugifère, on la lui donne non seulement pour la détenir pour sûreté de sa créance, mais pour en percevoir les fruits en paiement de sa créance. Il est donc censé chargé par le contrat de faire cette perception à la place et au profit de son débiteur, qui ne peut plus la faire valoir, ne la possédant plus : étant donc censé chargé, par le contrat, de la perception des fruits de cette chose, il doit apporter le soin qu'elle demande, et par conséquent il doit tenir compte des fruits qu'il a manqué de percevoir par sa faute et par sa négligence.

37. Enfin, une quatrième obligation du créancier à qui on a donné une chose en nantissement, est, lorsqu'il l'a fait vendre faute de paiement, de rendre au débiteur qui la lui a donnée, compte du prix de cette chose, et généralement de tout ce qui lui est parvenu de cette chose, pour venir en paiement et déduction de la dette, sous la déduction des frais.

ARTICLE III.

De l'action *pignoratitia directa.*

Nous verrons, sur cette action, 1° quels en sont les objets; 2° quand il y a ouverture à cette action; 3° si elle est sujette à prescription.

§. I. Quels sont les objets de l'action *pignoratitia directa.*

38. Des obligations que contracte le créancier à qui on a donné une chose en nantissement, naît une action qu'on appelle *actio pignoratitia directa*, qu'a contre lui la personne qui les lui a données, et envers qui il a contracté lesdites obligations.

Le principal objet de cette action est la restitution de la chose donnée en nantissement, que le créancier à qui elle a été donnée s'est obligé de rendre après qu'il auroit été payé ou satisfait de sa dette.

Lorsque la chose est périe ou perdue par la faute du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, le

débiteur qui la lui a donnée peut conclure à ce que le créancier, faute de rendre la chose, sera condamné à rendre la valeur, suivant l'estimation qui en sera faite par personnes qui l'auront connue.

39. Les objets accessoires de cette action sont, 1° les dommages et intérêts que le débiteur qui a donné la chose en nantissement, peut prétendre contre le créancier à qui il l'a donnée, pour raison des détériorations de cette chose, arrivées par le fait ou la faute de ce créancier, suivant le règlement qui en sera fait par experts.

Lorsque la chose a été si considérablement détériorée, qu'elle est devenue inutile à celui qui l'a donnée en nantissement, il peut conclure contre les créanciers à la condamnation du prix que vaudroit cette chose si elle n'étoit pas détériorée, suivant l'estimation qui en sera faite; lequel prix viendra jusqu'à concurrence en compensation de la dette. En ce cas le débiteur qui a donné la chose en nantissement, doit faire offre de l'abandonner à celui à qui il l'a donnée.

40. Un autre objet nécessaire de cette action est le compte des fruits, et de tout ce qui est provenu de la chose donnée en nantissement; le créancier à qui elle a été donnée, doit ce compte à celui qui la lui a donnée.

Ce compte peut devenir l'objet principal de l'action; car si la chose étoit périe ou perdue sans aucune faute du créancier à qui elle a été donnée en nantissement, l'action *pignoratitia directa* ne pouvant pas en ce cas être donnée pour la restitution de la chose dont le créancier se trouve déchargé, l'action pourroit en ce cas être principalement donnée pour demander ce compte.

41. Lorsque le créancier, faute de paiement, a fait vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, il est évident que l'action *pignoratitia directa* ne peut plus avoir pour objet la restitution de la chose; elle a pour objet en ce cas le compte que le créancier doit rendre du prix, et de ce qu'il peut d'ailleurs avoir perçu de cette chose, sous la déduction des frais.

Si la chose que le créancier a fait vendre avoit été auparavant détériorée par sa faute, le débiteur peut conclure à ce qu'il soit tenu d'ajouter au prix de la vente ce qu'elle auroit pu être vendue de plus, si elle n'eût pas été détériorée; pour l'estimation de laquelle plus-value le juge ordonnera que les parties conviendront d'experts.

§. II. Quand y a-t-il ouverture à l'action *pignoratitia directa?*

42. Il n'y a ouverture à l'action *pignoratitia directa*, pour la restitution de la chose donnée en nantissement, que lorsque le créancier à qui elle a été donnée a été entièrement payé de la dette, ou qu'il a été satisfait : *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio;* l. 9, §. 3, ff. *de pign. act.*

43. La loi dit *omnis;* pour peu qu'il reste quelque chose de dû de la créance pour laquelle la chose a été donnée en nantissement, il n'y a pas ouverture à l'action *pignoratitia directa;* et le débiteur n'est pas encore recevable à demander la restitution, ni de ce qu'il a donné, ni même de la moindre partie de ce qu'il a donné en nantissement. La raison est, que le droit de gage ou nantissement est quelque chose d'indivisible : *Individua est pignoris causa.* Le créancier acquiert par le contrat le droit de gage pour toute sa dette, et pour chaque partie de sa dette, sur tout ce qui lui est donné, et sur chaque partie de ce qui lui est donné en nantissement.

C'est pourquoi, si on a donné douze paires de draps en nantissement pour une créance de trente pistoles; quand même elle auroit été depuis acquittée pour la plus grande partie, pour peu qu'il en reste encore quelque chose de dû, le débiteur ne sera pas recevable à demander la restitution d'un seul des draps qu'il a donnés en nantissement.

44. Par la même raison, si le débiteur qui les a donnés en nantisssement a laissé quatre héritiers, entre lesquels la dette s'est divisée, l'un des héritiers qui auroit acquitté

la dette pour toute la part dont il en est tenu, n'est pas recevable à demander la restitution de la part qui lui appartient dans les draps qui ont été donnés en nantissement, jusqu'à ce que le créancier ait été entièrement payé des parts des autres héritiers ; car quoique, par la mort du débiteur, la dette ait été divisée entre ses héritiers, le droit de gage, qui est indivisible, ne s'est pas de même divisé, et le créancier le conserve sur tout et sur chaque partie de ce qui lui a été donné en nantissement, jusqu'à ce qu'il ait été entièrement payé de toute la dette par tous les héritiers du débiteur.

45. *Vice versâ*, si c'est le créancier qui est mort, et qui a laissé quatre héritiers, quoique la créance se divise entre eux, le nantissement que le défunt a reçu ne se divise pas; et celui des héritiers qui a été payé entièrement de sa part dans sa créance, ne peut, au préjudice de ses cohéritiers, rien rendre des choses qui ont été données en nantissement, jusqu'à ce qu'ils aient été tous entièrement payés.

46. Pour qu'il y ait ouverture à l'action *pignoratitia directa*, il ne suffit pas que le sort principal de la créance pour laquelle la chose a été donnée en nantissement soit acquittée; il faut que les intérêts de cette créance, et tous les frais faits pour en avoir le paiement, qui en sont des accessoires, le soient aussi; à moins qu'il n'ait été expressément convenu que la chose n'étoit donnée en nantissement que pour le sort principal de la créance : autrement le nantissement est censé fait tant pour le principal que pour toutes les dépendances de la créance.

47. Il y a plus : si le débiteur qui a donné à son créancier une chose en nantissement pour une certaine dette, avoit depuis contracté une nouvelle dette envers le créancier, sans engager à la nouvelle dette la chose qu'il avoit donnée en nantissement pour la première; ce débiteur, après avoir acquitté entièrement la dette pour laquelle il avoit donné la chose en nantissement, pourroit être exclus, par l'exception de dol, de l'action *pignoratitia directa*,

pour la répétition de la chose donnée en nantissement, jusqu'à ce qu'il eût payé aussi l'autre dette, quoique la chose donnée en nantissement n'y fût pas obligée. C'est ce que décide l'empereur Gordien : *Si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi à debitore reddatur, vel offeratur quæ sine pignore debetur, eam restituere, propter exceptionem doli mali, non cogeris; jure enim contendis, debitores eam solam pecuniam cujus nomine pignora obligaverunt offerentes, audiri non oportere, nisi pro illâ satisfecerint quam mutuam simpliciter acceperunt;* l. *un. Cod. etiam ob chirogr.*

Ce que dit Ulpien, en la loi 11, §. 3, ff. *de pign. act.*, paroît contraire à cette décision. Il y est dit : *Si in sortem duntaxat, non* (1) *in usuras obstrictum est pignus, eo soluto propter quod obligatum est, locum habet pignoratitia.* La réponse est que lorsque, par le contrat de nantissement, les parties se sont expliquées que la chose n'étoit donnée en nantissement que pour le principal, et non pour les intérêts, il paroît que leur intention est que la chose doive être restituée aussitôt que le principal sera acquitté, quand même les intérêts ne le seroient pas encore; car elles ne peuvent avoir eu d'autre vue en distinguant, comme elles ont fait, les intérêts du principal. Mais lorsque la créance qui a été contractée sans nantissement a été créée par un acte différent, et dans un temps différent que celle pour laquelle on a donné un nantissement, le créancier, en contractant cette créance sans nantissement, n'est pas censé s'être interdit le pouvoir de saisir et arrêter entre ses mains, pour cette créance, les choses qu'il pourroit avoir entre ses mains en nantissement pour une autre créance.

Cette décision de l'empereur Gordien a lieu dans notre jurisprudence. Quoique la dette pour laquelle une chose m'avoit été donnée en nantissement, ait été entièrement acquittée; si je me trouve encore créancier d'une autre

(1) La leçon ordinaire est *vel in usuras.* La correction de Cujas, qui pense qu'on doit lire *non* au lieu de *vel*, est plausible.

somme certaine et liquide du débiteur qui m'a donné la chose en nantissement, je pourrai la retenir pour cette autre créance, quoique ce ne soit point pour cette créance qu'elle m'ait été donnée en nantissement : car cette créance étant certaine et liquide, de même que je pourrois obtenir du juge la permission d'arrêter pour cette créance ses biens entre ses mains, et entre celles des tiers, par la même raison, lorsque je suis assigné par mon débiteur pour lui rendre la chose que je me trouve avoir entre les mains, le juge doit me permettre de la retenir arrêtée entre mes mains pour cette dette.

Il en seroit autrement, si la créance pour laquelle je voudrois retenir la chose, ou n'étoit pas certaine, ou n'étoit pas liquide ; je ne pourrois en ce cas la retenir.

48. Pour qu'il y ait ouverture à l'action *pignoratitia directa* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, il n'importe comment la dette pour laquelle elle a été donnée en nantissement ait été acquittée, ni par qui; soit qu'elle l'ait été par le débiteur qui l'a donnée en nantissement, ou par quelque autre pour lui ; soit que le créancier à qui elle a été donnée en nantissement, s'en soit payé lui-même entièrement par les fruits de la chose qu'il a perçus; auquel cas le débiteur peut donner l'action *pignoratitia* contre lui, non-seulement pour la restitution de la chose donnée en nantissement, mais encore pour la restitution de ce dont les fruits qu'il a perçus se trouvereient excéder la somme qui lui étoit due : *Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum; qui si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio et redditur pignus; si debitum excedunt, qui supererunt traduntur, videlicet motâ actione pignoratitiâ;* l. 1, *Cod. de pign. act.*

49. Il y a ouverture à l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement, non seulement lorsque la dette est entièrement acquittée, mais encore, comme nous l'avons dit *suprà*, *n.* 42, lorsque le créancier est satisfait, c'est-à-dire, lorsqu'il a bien voulu accepter, à la place du nantissement, d'autres sûretés, et s'en contenter, et en général toutes les fois qu'il a bien

voulu faire remise de ses droits de gage dans la chose qu'on lui a donnée en nantissement : *Satisfactum accipimus quemadmodùm voluit creditor, licèt non sit solutum; sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat; sive fidejussoribus, vel nudâ conventione, nascitur pignoratitia actio : et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor à pignore, videri satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licèt in hoc deceptus sit;* l. 9, §. 3, ff. *de pign. act.; adde* l. 50, §. 1, ff. *de Jur. dot.*

50. Observez une différence entre le paiement et la satisfaction. Le débiteur a le droit de contraindre le créancier à recevoir le paiement de la somme pour laquelle la chose lui a été donnée en nantissement : faute par le créancier de vouloir recevoir le paiement qui lui est offert, le débiteur qui l'a mis en demeure de recevoir, peut donner contre lui l'action *pignoratitia* pour la restitution de la chose donnée en nantissement : *Si per creditorem stetit quominùs ei solvatur, rectè agitur pignoratitiâ;* l. 20, §. 1. Au contraire, on ne peut satisfaire au créancier qui n'est pas payé, qu'autant qu'il y consent, et qu'il veut bien accepter les sûretés qu'on lui offre, à la place du droit qu'il a acquis par le contrat dans la chose qui lui a été donnée en nantissement. Mais quelque grandes que soient les sûretés qu'on lui offre, quoiqu'elles soient plus grandes que celle qui résulte de son droit de gage, s'il ne veut pas remettre son droit, ni accepter à la place les sûretés qui lui sont offertes, on ne peut l'y contraindre.

De là naît une autre différence entre le paiement et la satisfaction. Lorsque le débiteur a intenté prématurément l'action *pignoratitia* contre le créancier qui n'étoit ni payé ni satisfait, il peut, dans le cours de l'instance, même sur l'appel, rectifier sa demande, et faire condamner le créancier à la restitution du gage, en lui offrant le paiement de la dette en principal et intérêts, et les dépens faits jusqu'au jour de ses offres : au contraire, le débiteur ne peut rectifier sa demande en offrant au créancier des sûretés, s'il ne veut pas les accepter : *Qui ante solutionem egit*

pignoratitiâ, licèt non rectè egit, tamen si offerat in judicio pecuniam, debet rem pignoratam, et quòd suâ interest consequi; l. 9, §. *fin.*, ff. *de pign. act. Quòd si non solvere, sed aliâ ratione satisfacere paratus est.... nihil ei prodest;* l. 10, ff. *d. tit.*

51. Il y a un cas auquel l'action *pignoratitia* est ouverte, et peut être intentée pour la restitution de la chose donnée en nantissement, quoique le créancier ne soit encore ni payé ni satisfait; c'est celui auquel il mésuseroit de la chose qui lui a été donnée en nantissement. Ulpien nous en donne cet exemple : *Si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit, illius pignus ancillæ solvitur;* l. 24, §. 3, ff. *d. tit.*

Il en est de même d'un héritage que j'aurois donné en nantissement à mon créancier, pour qu'il en perçût les fruits en paiement de la somme qu'il me doit. Si mon créancier, qui est possession de mon héritage, en abandonne la culture et le laisse en friche, je puis, *actione pignoratitiâ*, demander à y rentrer, quoique je n'aie pas encore payé ce créancier : car en contrevenant à l'obligation qu'il a contractée envers moi d'apporter le soin convenable à la conservation de la chose que je lui ai donnée en nantissement, il me délie de celle que j'avois contractée de la lui laisser en nantissement.

52. Lorsque le créancier, en exécution d'une sentence, a fait vendre la chose qui lui a été donnée en nantissement, l'action *pignoratitia*, qui a lieu en ce cas contre lui pour rendre compte du prix, est ouverte aussitôt après la vente.

§. III. Si l'action *pignoratitia directa* est sujette à prescription.

53. Il nous reste à observer que l'action *pignoratitia*, pour la restitution de la chose donnée en nantissement, n'est sujette à aucune prescription, pour quelque laps de temps que ce soit : *Quominùs fructus quos creditor ex rebus obligatis accepit, habitâ ratione ac residuo debito soluto, vel, si per creditorem factum fuerit quominùs solveretur, oblato et consignato, et deposito, pignora quæ in eâdem causâ durant, restituat debitori, nullo spatio*

longi temporis defenditur; l. 12, *Cod. de pign. act.* La loi 10, *Cod. d. tit.*, décide la même chose.

La raison est, que le créancier qui a commencé à tenir la chose à titre de nantissement, est censé avoir toujours continué de posséder à ce titre, tant qu'il ne paroît pas qu'il soit survenu un nouveau titre : *Quùm nemo ipse sibi mutare possit causam possessionis suæ;* l. 3, §. 19, ff. *de acquir. poss.;* l. 2, §. 1, ff. *pro hærede.* Or ce titre de nantissement auquel il possède, réclame perpétuellement pour la restitution de la chose, étant de l'essence de ce titre de posséder à la charge de rendre après la dette payée; et cette réclamation empêche la prescription.

Mais lorsque le créancier ne possède plus la chose qui lui a été donnée en nantissement, quand même ce seroit par sa faute qu'il auroit cessé de la posséder, l'action se prescrit par la prescription ordinaire.

Nous avons décidé la même chose dans nos Traités du Prêt à usage, *n.* 47, et du Dépôt, *n.* 67, au sujet des actions *commodati et depositi :* il y a même raison.

CHAPITRE III.

Des obligations que contracte, par le contrat de nantissement, celui qui donne la chose en nantissement; et de l'action *contraria pignoratitia*, qui en naît.

54. Celui qui donne une chose en nantissement contracte envers le créancier à qui il l'a donnée, l'obligation de lui faire avoir dans cette chose un droit de gage, qui lui donne le droit de pouvoir la détenir pour sûreté de sa créance.

De là il suit que ce débiteur contrevient à cette obligation, lorsqu'il donne en nantissement à son créancier une chose dans laquelle il ne peut procurer ce droit de gage. Cela arrive lorsqu'il donne en nantissement, sans le consentement du propriétaire, une chose qui ne lui appartient pas : car il ne peut pas donner à son créancier un droit

de gage dans cette chose, sur laquelle il n'a lui-même aucun droit, suivant la règle de droit : *Nemo plus juris, etc.*

55. De cette obligation à laquelle contrevient le débiteur qui donne en nantissement une chose qui ne lui appartient pas, et dans laquelle par conséquent il ne peut procurer un droit de gage au créancier à qui il la donne, naît une action qu'on appelle *actio pignoratitia contraria*, ou *contrarium judicium pignoratitium*, qu'a le créancier contre le débiteur, pour qu'il soit condamné à substituer à la place des choses qu'il a données en nantissement, d'autres choses d'égale valeur qui lui appartiennent; sinon, qu'il sera déchu des termes qui lui avoient été accordés pour le paiement de la dette, et contraint au paiement.

Cette décision a lieu, quand même le créancier paroîtroit n'avoir pas d'intérêt à avoir un droit de gage, le débiteur étant très-solvable : *Cum debitore qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contrariâ pignoratitiâ agere, etsi debitor solvendo sit;* l. 32, ff. *de pign. act.*

Il y a lieu à cette action, non-seulement lorsque le débiteur qui a donné la chose en nantissement avoit connoissance qu'elle ne lui appartenoit pas, mais même dans le cas auquel il l'a donnée en nantissement de bonne foi, croyant qu'elle lui appartenoit. La seule différence qu'il y a entre l'un et l'autre cas, est que lorsque le débiteur sait que les choses qu'il donne en nantissement ne lui appartiennent pas, il commet le crime de stellionat, et est en conséquence contraignable par corps au paiement de la somme pour laquelle il avoit donné la chose en nantissement : au lieu que, dans notre cas, lorsque le débiteur a donné de bonne foi en nantissement une chose qui ne lui appartenoit pas, il ne commet pas de stellionat qui le rende sujet à la contrainte par corps; mais le créancier n'en a pas moins contre lui l'action *contraria pignoratitia.*

C'est ce qu'enseigne Paul : *Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum est. Proindè si rem alienam vel alii pignoratam dedit, tenebitur, quamvis et stellionatûs crimen committat. Sed utrùm ità demùm*

si scit, an etsi ignoravit? et quantum ad crimen pertinet excusat ignorantia. Quantum ad contrarium judicium, ignorantia eum non excusat; l. 16, §. 1, ff. *pign. act.*

56. Lorsque le débiteur a donné en nantissement à son créancier une chose qui étoit déja obligée à un autre, s'il n'y a pas dans ce qu'elle vaut de plus que la somme pour laquelle elle est obligée au créancier, de quoi procurer un droit de gage à ce second créancier à qui elle est donnée en nantissement, ce second créancier a l'action *pignoratitia contraria* contre son débiteur qui la lui a donnée, comme il est décidé en la loi ci-dessus mentionnée.

Il en seroit autrement si la chose étoit d'une valeur plus que suffisante pour répondre des deux créances : *Si ea res ampla est, et ad modicum æris fuerit pignorata, dici debebit cessare non solùm stellionatûs crimen, sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignus secundo loco accepit;* l. 36, §. *fin.*, ff. *de pign. act.*

57. Lorsque la chose donnée en nantissement a un vice inconnu au créancier, qui la rend de nulle valeur, le créancier ne pouvant en ce cas acquérir dans cette chose qu'un droit de gage qui seroit de nulle valeur, il a l'action *pignoratitia contraria* pour se faire donner en nantissement une autre chose à la place.

58. Observez que, dans tous les cas ci-dessus rapportés, le créancier n'a l'action *pignoratitia contraria* que lorsqu'il a été trompé; mais s'il avoit connoissance que la chose n'appartenoit pas à celui qui la lui donnoit en nantissement, ou qu'elle étoit déja obligée à un autre, ou s'il avoit connoissance du vice qui la rend de nulle valeur, il n'est pas, dans tous ces cas, recevable à s'en plaindre : *Si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium* (*judicium*) *ei non competit; d.* l. 16, §. 1. La raison est que *volenti non fit injuria.*

59. La bonne foi devant régner dans les contrats de nantissement comme dans tous les autres contrats, toutes les friponneries que le débiteur peut commettre dans ce

contrat, pour tromper le créancier, donnent ouverture à l'action *contraria pignoratitia*; par exemple, si le débiteur a donné en nantissement du cuivre pour de l'or : *Si quis in pignore pro auro æs subjecisset creditori, qualiter teneatur ?.... Si quidem dato auro æs subjecisset, furti tenetur : quòd si in dando æs subjecisset, turpiter fecisse, non furem esse : sed hîc puto pignoratitium judicium locum habere;* l. 36, ff. *de pign. act.*

60. Celui qui a donné une chose en nantissement contracte, envers le créancier à qui il l'a donnée, une autre obligation, qui est celle de le rembourser des impenses nécessaires qu'il a faites pour la conservation de cette chose.

De cette obligation naît une action *pignoratitia contraria* qu'a le créancier pour s'en faire rembourser, quand même depuis, par quelque accident de force majeure, celui qui lui a donné la chose en nantissement n'en auroit pas profité. C'est ce qu'enseigne Papinien : *Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum quem pignoris causâ acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam habeo : finge enim medicis; quùm ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse; item insulam fulsisse, vel refecisse, et posteà deustam esse, nec habere quod possim retinere;* l. 8, ff. *de pign. act.*

61. A l'égard des impenses qui n'étoient pas nécessaires, mais qui étoient seulement utiles, si le créancier les a faites du consentement de celui qui lui a donné la chose en nantissement, il n'est pas douteux que le créancier a contre lui l'action *pignoratitia contraria*, pour s'en faire rembourser comme pour les nécessaires; et il est facilement présumé les avoir faites du consentement de celui qui la lui a donnée en nantissement, lorsque le créancier n'a fait que parachever ce que ce débiteur avoit déja commencé avant de donner cette chose en nantissement : *Si servos pignoratos artificiis instruxit creditor; si quidem jam imbutos, vel voluntate debitoris, erit actio contraria;* l. 25, ff. *d. tit.*

Lorsque les impenses, non nécessaires, mais seulement utiles, ont été faites sans le consentement du débiteur qui a donné la chose en nantissement, quoiqu'elles subsistent, et que le débiteur se trouve en profiter au temps auquel la chose lui doit être rendue, c'est-à-dire, après que la dette a été acquittée, on ne doit pas toujours l'obliger à les rembourser au créancier qui les a faites; car si elles sont si considérables qu'il lui fallût vendre son bien ou s'endetter pour pouvoir les rembourser, il ne doit pas y être obligé : on doit seulement permettre, en ce cas, au créancier qui a fait des augmentations à ses frais, d'emporter ce qui peut se détacher. Mais si les impenses, quoique seulement utiles, sont modiques, et que le débiteur puisse commodément les rembourser, il doit être condamné à les rembourser jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve en profiter. Tout cela doit être laissé à la prudence et à l'arbitrage du juge : *Sicut negligere creditorem dolus et culpa quam præstat non patitur, ità nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum. Putà, saltum grandem pignori datum ab homine qui vix luere potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sicut magni pretii faceres : alioquin non est æquum aut quærere me alios creditores, aut cogi distrahere quod velim receptum, aut tibi, penuriâ, coactum derelinquere : media igitur hæc à judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur;* d. l. 25.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE NANTISSEMENT.

TRAITÉ

DU

CONTRAT D'ASSURANCE.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Les contrats de *vente*, de *louage*, de *société*, de même que ceux de *constitution de rente perpétuelle* et de *change*, dont nous avons traité jusqu'à présent, sont les principales espèces de contrats *commutatifs*. Il faut passer maintenant aux contrats *aléatoires*.

1. Les *contrats aléatoires* sont ceux dans lesquels ce que l'un donne, ou s'oblige de donner à l'autre, est le prix d'un risque dont il l'a chargé.

Ces contrats conviennent avec les *commutatifs*, en ce qu'ils sont, comme ceux-ci, intéressés de part et d'autre : chacun des contractants ne s'y propose que son intérêt propre, et n'entend point accorder un bienfait à l'autre ; en quoi ils diffèrent des *contrats de bienfaisance*.

Les contrats *aléatoires* diffèrent des *commutatifs*, en ce que, dans les commutatifs, ce que chacun des contractants reçoit est le juste équivalent d'une autre chose qu'il a donnée de son côté, ou qu'il s'est obligé de donner à l'autre ; au lieu que, dans les contrats aléatoires, ce que l'un des contractants reçoit n'est pas l'équivalent d'une chose qu'il ait donnée, ou qu'il se soit obligé de donner ; mais c'est l'équivalent du risque dont il s'est chargé, *suscepti periculi pretium*.

Ceci s'éclaircira par des exemples.

Dans le contrat de vente, qui est un contrat commutatif, la chose vendue, que l'acheteur reçoit, est l'équivalent de la somme d'argent qu'il donne, ou s'oblige de donner pour le prix de cette chose. *Vice versâ*, cette somme d'argent que le vendeur reçoit est l'équivalent de la chose vendue, qu'il donne, ou s'oblige de donner à l'acheteur.

Au contraire, dans le contrat de *constitution de rente viagère*, qui est un contrat *aléatoire*, lorsque celui sur la tête de qui la rente a été constituée vient à mourir peu après la constitution, on ne peut pas dire que la somme que le constituant a reçue pour le prix de la constitution soit l'équivalent d'une autre chose qu'il ait donnée de son côté, puisqu'il n'a donné de son côté que les arrérages de quelques mois, pendant lesquels a duré la rente; mais elle est l'équivalent du risque dont il s'est chargé de rendre en arrérages, à un gros intérêt, le double ou le triple de la somme qu'il a reçue, et de ses intérêts ordinaires, dans le cas auquel celui sur la tête de qui la rente a été constituée auroit vécu long-temps. *Vice versâ*, lorsque celui sur la tête et au profit duquel la rente a été constituée a vécu quarante ou cinquante ans, on ne peut pas dire que tous les arrérages qu'il a reçus pendant un aussi long temps, ne soient que l'équivalent de la chose qu'il a donnée de son côté, puisque la somme qu'il a donnée pour le prix de la constitution est beaucoup au-dessous de celle à laquelle montent tous ces arrérages qu'il a reçus; mais le montant de tous ces arrérages est un juste prix et un juste équivalent du risque qu'il a couru de ne recouvrer presque rien de la somme qu'il a payée pour le prix de la constitution, dans le cas, qui pouvoit arriver, qu'il mourût peu de temps après.

Les principales espèces de contrats *aléatoires* sont le contrat de *constitution de rente viagère*, dont nous avons déja traité, par occasion, à la fin du contrat de *constitution de rente perpétuelle*, à cause du rapport que ces contrats ont ensemble ; le *contrat d'assurance*, qui doit faire la matière du présent Traité, et celui du *prêt à la grosse aventure*, qui fera celle du Traité suivant, à cause de l'affinité qu'ils ont ensemble. Tous les *jeux de hasard* et les *gageures* sont aussi des contrats *aléatoires*.

Nous verrons, dans notre premier chapitre, ce que c'est que le *contrat d'assurance*, et quelles sont les choses qui sont de l'essence de ce contrat. Nous traiterons, dans le second chapitre, des personnes entre lesquelles ce contrat intervient, et de sa forme ; dans le troisième, des obligations qu'il produit, des actions qui naissent de ces obligations, et des juges qui en connaissent.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que c'est que le contrat d'assurance; et quelles sont les choses qui sont de l'essence de ce contrat.

SECTION PREMIÈRE.

Ce que c'est que le contrat d'assurance.

2. Le *contrat d'assurance* est un contrat par lequel l'un des contractants se charge du risque des cas fortuits auxquels une chose est exposée, et s'oblige envers l'autre contractant de l'indemniser de la perte que lui causeroient ces cas fortuits, s'ils arrivoient, moyennant une somme que l'autre contractant lui donne, ou s'oblige de lui donner pour le prix des risques dont il le charge.

3. Il peut y avoir une infinité d'espèces de contrats

d'assurance. Tel étoit celui que proposoit, en 1754, une compagnie établie à Paris, de garantir les propriétaires de maisons, du danger du feu, moyennant une certaine somme que les propriétaires qui voudroient faire assurer leurs maisons, paieroient par chacun an à cette compagnie.

J'apprends que ce projet a eu son exécution, et que de deux compagnies d'assureurs qu'il y a à Paris, il y en a une qui ne se borne pas aux assurances maritimes, et qu'elle assure aussi du danger du feu les propriétaires de maisons qui veulent les faire assurer pour une certaine somme. L'acte de leur société a été enregistré au Châtelet de Paris.

4. Le *contrat d'assurance* qui est le plus en usage, est celui *d'assurance maritime*. C'est un contrat par lequel l'un des contractants se charge des *risques et fortunes de mer* que doivent courir un vaisseau, ou les marchandises qui y sont, ou qui y doivent être chargées, et promet d'en indemniser l'autre contractant, pour une certaine somme que celui-ci lui donne, ou s'oblige de lui donner pour le prix du risque dont il le charge.

Le contractant qui se charge des risques, est celui qu'on appelle *assureur;* l'autre envers qui il s'en charge, est *l'assuré;* la somme que l'assuré donne ou s'oblige de donner à l'assureur pour le prix du risque, s'appelle *prime d'assurance;* l'acte qu'on dresse par écrit de ce contrat, s'appelle *police d'assurance.*

C'est une espèce de contrat de vente : les assureurs sont les vendeurs, l'assuré est l'acheteur; la chose vendue est la décharge des risques auxquels est exposée la chose assurée. Les assureurs vendent en quelque façon à l'assuré, et s'obligent de lui *faire avoir* et de lui procurer la décharge de ces risques, en prenant sur eux ces risques, et en s'obligeant d'en indemniser l'assuré. La *prime* que l'assuré paie ou s'oblige de payer aux assureurs, est le prix de cette vente.

5. Ce contrat est, comme le contrat de vente, de la classe des contrats *consensuels;* car il reçoit sa perfection par le seul consentement des parties, et il produit

de part et d'autre les obligations qui en naissent, aussitôt que les parties sont convenues de la somme qui doit être payée à l'assureur pour le prix des risques dont il se charge.

Il est vrai que l'obligation que les assureurs contractent de payer la somme assurée, ou l'estimation des avaries et dommages, n'est pas encore ouverte, et qu'elle dépend de cette condition, si par quelque accident de force majeure, les choses assurées viennent à périr, ou à être endommagées : mais le contrat ne laisse pas d'être parfait; l'obligation est contractée, quoique conditionnellement, n'étant plus dès-lors au pouvoir des assureurs de s'en désister, et de n'être pas obligés, si l'accident arrive.

6. Le contrat d'assurance, comme les contrats de vente, est synallagmatique; car il produit des obligations réciproques. L'assureur s'oblige envers l'assuré, de le garantir ou de l'indemniser des fortunes de mer; et l'assuré s'oblige réciproquement envers l'assureur, de lui payer la *prime* convenue.

7. Le contrat d'assurance est de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, et non de celle des contrats bienfaisants; car dans ce contrat chacun des contractants se propose son intérêt propre : l'assureur se propose de profiter de la *prime*, et l'assuré de se décharger des *risques*.

8. Il est évident que ce contrat est de la classe des contrats *aléatoires*, et non de celle des contrats commutatifs; car la *prime* que l'assureur reçoit, n'est pas, comme dans les contrats commutatifs, l'équivalent d'une autre chose qu'il donne ou s'oblige de donner à la place, puisqu'il n'aura rien à donner si le vaisseau arrive à bon port, et n'essuie aucun accident; et au contraire, si le vaisseau périt, l'indemnité qu'il sera tenu de donner à l'assuré étant une chose beaucoup plus considérable que la *prime* qu'il a reçue de lui, n'en peut être regardée comme l'équivalent. La *prime* que l'assureur reçoit, n'est donc pas le prix d'une autre chose qu'il donne, mais le prix du risque dont il se charge par le contrat, ce qui est le vrai caractère des

contrats aléatoires. *Vice versâ*, l'indemnité que reçoit la partie qui a fait assurer ses effets, lorsqu'ils sont péris, étant beaucoup plus considérable que la *prime* qu'il a donnée, n'en peut être regardée comme l'équivalent; mais elle est l'équivalent et le prix du risque qu'il a couru de donner en pure perte la *prime* qu'il a donnée, et de ne rien recevoir à la place, dans le cas auquel les effets assurés seroient arrivés à bon port, et n'auroient essuyé aucun accident.

9. Enfin le contrat d'assurance est un contrat du droit des gens, dans son origine. L'ordonnance de la marine, en l'autorisant spécialement, *tit. des Assurances*, a développé dans ce titre les règles par lesquelles ce contrat est régi, qui sont tirées du droit naturel. Il est vrai qu'elle a ajouté quelques dispositions qu'on peut regarder comme arbitraires, au moyen desquelles on peut dire que ce contrat, quoique principalement du droit des gens, tient aussi parmi nous quelque chose du droit civil.

10. L'usage de ce contrat est de la plus grande utilité. Le commerce de mer, qui, sans ce contrat, ne se feroit que par un petit nombre de personnes qui auroient assez de fortune pour oser courir les risques auxquels il expose, peut, par le secours de ce contrat, être fait par toutes sortes de personnes, même par celles qui ont le moins de fortune.

SECTION II.

Quelles sont les choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance.

Cinq choses me paroissent être de l'essence du contrat d'assurance. Il faut, 1° qu'il y ait une ou plusieurs choses qui soient la matière du contrat, et que l'une des parties fasse assurer par l'autre. 2° Il faut qu'il y ait des risques auxquels cette chose soit ou doive être exposée, risques dont l'assureur se charge par ce contrat. 3° Il faut qu'il y ait une somme, ou déterminée ou indéterminée, que l'assureur promette de payer à l'assuré, pour son indemnité, en cas de perte des effets assurés, arrivée par quelqu'un des cas

fortuits dont l'assureur s'est chargé. 4° Il faut une somme convenue par ce contrat, que l'assuré donne ou s'oblige de donner à l'assureur pour le prix de l'assurance. 5° Enfin il faut le consentement des parties contractantes qui interviennent sur toutes ces choses.

ARTICLE PREMIER.

Des choses qu'on a fait assurer.

§. I. Il faut une chose qu'on fasse assurer.

11. Il est de l'essence du contrat d'assurance qu'il y ait une ou plusieurs choses qui en soient la matière, et qu'on fasse assurer par le contrat.

En effet, le contrat d'assurance étant un contrat par lequel l'une des parties fait assurer par l'autre certaines choses, et le charge, pour une certaine somme qu'il lui donne, du risque des cas fortuits auxquels elles sont exposées, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir et qu'on ne peut concevoir un contrat d'assurance sans une chose qu'on fasse assurer par le contrat, et qui en soit la matière.

C'est pourquoi, à s'en tenir aux seules règles du droit naturel, lorsque les choses que quelqu'un a fait assurer n'existoient plus lors du contrat, et étoient déja péries; quoique la partie fût de bonne foi, et qu'elle en ignorât la perte, le contrat devroit être nul, faute d'une chose qui en ait été la matière; de même que le contrat de vente est nul lorsque la chose vendue n'existoit plus au temps du contrat, quoique les parties l'ignorassent; l. 15, et l. 57, ff. *de contr. empt.*

12. Mais le droit civil a ajouté sur ce point au droit naturel. Quoique les effets n'existassent plus, et fussent déja péris lors du contrat par lequel on les a assurés; si la partie n'en a su ni pu savoir la perte lors du contrat, ces effets, par une fiction de droit, en considération de la bonne foi de la partie qui a fait assurer, sont supposés avoir été encore existants au temps du contrat, et avoir pu lui servir de ma-

tière, et n'être péris que lors de la nouvelle qu'on a eue de leur perte.

C'est ce qui résulte de l'art. 38 du *titre des Assurances*, de l'ordonnance de 1681. Cet article, en déclarant nulles les assurances faites après la perte des choses assurées, *si l'assuré en savoit ou pouvoit savoir* la perte, laisse à tirer la conséquence que s'il ne l'a sue ni pu savoir, le contrat d'assurance est valable.

13. Le contrat d'assurance des choses qui n'existoient plus, et étoient déja péries lors du contrat, est donc nul en deux cas seulement. Le premier cas est lorsque la partie qui a fait assurer, avoit déja, lors du contrat, la connoissance de la perte des effets qu'il a fait assurer.

L'assureur qui oppose à la demande contre lui, que l'assuré avoit cette connoissance, est chargé d'en faire preuve, suivant cette maxime de droit : *Incumbit onus probandi ei qui dicit;* et suivant celle-ci : *Reus excipiendo fit actor.*

Le fait de cette connoissance étant le fait d'un dol et d'une fraude de l'assuré, dont il n'a pas été au pouvoir de l'assureur de se procurer une preuve par écrit, il peut, suivant le principe que nous avons établi en notre *Traité des Obligations, n.* 810 *et suivans*, être admis à la preuve testimoniale de cette connoissance; et il peut faire entendre en témoignage même les gens de l'équipage du vaisseau.

Quand même l'assureur auroit déja exécuté le contrat, et payé en tout ou en partie la somme assurée; s'il vient à découvrir que l'assuré avoit, lors du contrat, la connoissance de la perte des effets assurés, il ne laisse pas d'être reçu à se plaindre du dol de l'assuré, et à faire la preuve de la connoissance qu'a eue l'assuré : l'article 41 de l'ordonnance le suppose ainsi. La raison en est évidente. L'action qui naît du dol n'est ouverte que du jour que la partie qui a été trompée, l'a découvert : *Currit à die detectæ fraudis.* La partie ne peut pas perdre, par une fin de non recevoir, son action avant qu'elle ait été ouverte : *Adversùs non valentem agere, nulla currit præscriptio.* D'ailleurs l'assuré, en recevant la somme assurée, commet

un nouveau dol, qui ne doit pas lui profiter, et lui donner une fin de non recevoir.

14. L'assureur a non seulement la voie civile, qui est l'action *de dolo*, contre celui qui a fait assurer des effets de la perte desquels il avoit connoissance; M. Vaslin, procureur du roi en l'amirauté de la Rochelle, auteur d'un commentaire sur l'*Ordonnance de la Marine*, observe, à l'art. 41, que l'assureur peut aussi, à son choix, prendre la voie criminelle, cette espèce de dol de l'assuré étant *atrocior dolus, et crimen stellionatûs.* L'ordonnance de Rotterdam sur les assurances, *art.* 20, le regarde comme une branche du crime de faux, les fourberies qui se commettent dans les contrats étant une branche de ce crime; *Arg.* l. 21, ff. *ad L. Corn. de fals.*

15. La peine que l'ordonnance prononce contre l'assuré qui est convaincu d'avoir eu connoissance, lors du contrat, de la perte des effets qu'il a fait assurer, est, qu'outre la restitution qu'il doit faire à l'assureur, de la somme assurée qu'il auroit reçue de lui, il doit lui payer le double de la *prime* portée au contrat; *art.* 41.

Il doit être condamné par corps à cette restitution, et au paiement de la *prime.* Outre la raison générale tirée de ce que le contrat d'assurance est une matière de commerce, il y en a une particulière, tirée de ce que la cause de cette condamnation est un stellionat de la part de l'assuré, lequel emporte la contrainte par corps : *Ordonnance de* 1667, *tit.* 34, *art.* 8 *et* 9.

16. Lorsque, à défaut de preuve, l'assureur a déféré à l'assuré le serment sur le fait de la connoissance qu'il prétend qu'avoit l'assuré, lors du contrat, de la perte des effets qu'il a fait assurer, et que celui-ci a refusé de le rendre, il n'est pas douteux que son refus rend avéré le fait de cette connoissance qu'il a eue : *Manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle jurare;* l. 38, ff. *de jurejur,* et qu'en conséquence le contrat doit être déclaré nul, et l'assuré condamné à la restitution de ce qu'il a reçu de l'assureur. Mais doit-il être, en ce cas, condamné au

paiement de la peine de la *double prime?* La raison de douter est, que l'ordonnance prononce cette peine *en cas de preuve contre l'assuré :* dans cette espèce l'assureur n'avoit pas de preuves. Les raisons de décider que l'assuré doit être en ce cas condamné au paiement de la peine, sont qu'il est vrai que l'assureur, lorsqu'il a déféré le serment, n'avoit pas encore de preuve : mais il acquiert une preuve complète par le refus que fait l'assuré de rendre le serment qu'il lui a déféré; car le refus de ce serment tient lieu d'un aveu du dol qu'il a commis en contractant, et il n'y a pas de preuve plus parfaite d'un dol, que l'aveu de celui qui l'a commis. L'assureur se trouve donc en ce cas dans l'espèce de l'*art.* 41, qui dit, *en cas de preuve contre l'assuré.* D'ailleurs la loi 3, §. 1, ff. *de jurej.*, décide qu'on peut déférer le serment sur toutes sortes d'actions, sur les pénales, *quibus pœnam persequimur,* aussi bien que sur celles qui sont *rei persecutoriæ.*

17. Quand l'assuré qui savoit, lors du contrat, la perte des effets assurés, n'a pas été poursuivi par l'assureur, le contrat auquel son dol a donné lieu est bien nul dans le for de la conscience, et il ne peut pas en profiter; mais il ne doit pas, dans le for de la conscience, la peine de la *double prime :* il ne la doit, ni par le droit naturel, qui ne l'oblige à autre chose qu'à la réparation du tort qu'il a causé à l'assureur en contractant avec lui, ni par le droit civil qui n'inflige cettte peine qu'*en cas de preuve contre l'assuré.* On peut même dire en général, à l'égard des peines que la loi civile prononce au-delà de la réparation du tort qu'a causé celui qui a commis le délit, qu'elle ne rend celui qui a commis le délit, débiteur que par la sentence du juge qui l'y condamne.

18. Lorsqu'un tuteur de mineur a fait, en sa qualité de tuteur, assurer des effets de ses mineurs, qu'il savoit, lors du contrat, être péris; quoique le tuteur n'ait contracté qu'en nom qualifié de tuteur, et que le mineur pour qui il contractoit n'ait pas eu cette connoissance, ce dol du tuteur étant justifié, doit faire déclarer nul le contrat d'assu-

rance, et faire en conséquence condamner le mineur à la restitution de la somme assurée, que son tuteur a reçue pour lui.

Cela est conforme au principe de droit qui décide qu'on peut opposer au mineur le dol qu'a commis son tuteur en contractant pour lui : *Dicendum sive quis emerit à tutore rem pupilli, sive contractum sit cum eo in rem pupilli, sive dolo quid tutor fecerit, et ex eo pupillus locupletior factus est, pupillo nocere debere;* l. 14, §. 23, ff. *de doli et met. except.; et de dolo tutoris exceptionem pupillo objiciendam; d.* l. §. 24.

Le mineur doit être, en ce cas, condamné à la restitution de la somme assurée, quand même il ne pourroit la recouvrer par l'insolvabilité de son tuteur qui l'a reçue pour lui. C'est ce qui résulte de la loi ci-dessus citée; car après avoir dit que le dol du tuteur nuit et peut être opposé au mineur, elle ajoute : *Nec illud distinguendum, cautum sit ei (pupillo) an non, solvendo sit (tutor) an non..... undè enim divinat is qui cum tutore contrahit?* d. §. 23.

A l'égard de la peine de la *double prime*, l'assureur ne peut se pourvoir que contre le tuteur, qui doit y être condamné, sans pouvoir la répéter contre le mineur; car la peine du dol ne doit être supportée que par celui qui a commis le dol : on ne peut donc pas la prétendre contre le mineur qui ne l'a pas commis.

19. De même qu'un mineur ne peut pas profiter du dol de son tuteur, et que le dol de son tuteur lui peut être opposé, pareillement nous ne pouvons pas profiter du dol de ceux que nous avons chargés de notre procuration, soit générale, soit spéciale, et leur dol nous peut être opposé : *Si is procurator sit cui omnium bonorum administratio concessa, de omni dolo ejus excipi posse; d.* l. 4, §. 18. C'est pourquoi lorsqu'un commissionnaire a fait assurer les effets de son commettant, soit en vertu d'un ordre spécial, soit en vertu du pouvoir général qu'il avoit de gérer ses affaires, il n'est pas douteux que si, lors du contrat, le commissionnaire avoit la connoissance de la perte des effets, le contrat est nul; et le commettant, quoiqu'il n'eût pas cette connois-

sance, non seulement ne peut demander la somme assurée, mais doit la rendre, s'il l'a reçue. A l'égard de la peine de la *double prime*, l'assureur doit se pourvoir contre le commissionnaire qui a commis le dol, et ne peut la demander au commettant.

20. *Vice versâ*, lorsque le commissionnaire qui a fait assurer les effets de son commettant étoit de bonne foi, et en ignoroit la perte, on a, par arrêt du parlement d'Aix, du mois de mai 1744 (cité par Vaslin), jugé le contrat valable, quoique le commettant eût, dès le temps du contrat, connoissance de la perte des effets assurés.

La décision de cet arrêt doit être restreinte au cas auquel le commissionnaire auroit fait assurer les effets de son commettant sans aucun ordre spécial, à son insu, et en vertu du pouvoir général qu'il avoit de gérer ses affaires; car en ce cas il n'y a aucun dol, ni de la part du commissionnaire, ni de la part du commettant, qui puisse donner atteinte au contrat.

Mais si le propriétaire des effets assurés avoit donné ordre de les faire assurer, ayant connoissance de leur perte, le contrat seroit nul, quoique son commissionnaire, qui les a fait assurer pour lui, en eût ignoré la perte; car le dol de ce propriétaire, qui est censé avoir contracté lui-même par le ministère de son commissionnaire, rend le contrat nul, et le rend sujet à la peine de l'article 41, tout ainsi que s'il eût contracté par lui-même : *Nam is qui mandat, ipse facere videtur.*

21. Le second cas auquel l'ordonnance déclare nul le contrat d'assurance fait après la perte des effets assurés, est celui auquel celui qui les a fait assurer, pouvoit au temps du contrat en savoir la perte, quoiqu'il n'y ait pas de preuve positive qu'il l'ait sue. C'est ce qui résulte de ces termes de l'art. 38 : *Déclarons nulles les assurances faites après la perte des choses assurées, si l'assuré en savoit ou* POUVOIT *savoir la perte.*

La raison est que la preuve de la connoissance positive que l'assuré avoit de la perte des effets qu'il a fait assurer, n'étant pas souvent au pouvoir de l'assureur, et la bonne

foi étant rare aujourdh'ui parmi les hommes, il arriveroit très-souvent que des négociants, dans la confiance qu'ils auroient que l'assureur ne pourroit avoir la preuve de la connoissance qu'ils ont eue de la perte de leurs effets, les feroient assurer après avoir eu la nouvelle de leur perte; ce qui ruineroit les assureurs.

L'assuré est censé avoir pu savoir dès le temps du contrat la perte des effets assurés, lorsque depuis leur perte jusqu'au temps du contrat, il s'est passé un temps suffisant pour que la nouvelle ait pu lui en parvenir.

22. L'ordonnance, *art.* 39, règle ce temps en comptant une lieue et demie pour heure de l'endroit où le vaisseau a péri, jusqu'au lieu où le contrat d'assurance a été passé. Par exemple, si le contrat d'assurance a été passé et signé à Marseille, et que le lieu où le vaisseau est péri ne fût éloigné que de trente-six lieues de Marseille; en comptant une lieue et demie pour heure, l'assuré est censé en avoir pu avoir la nouvelle au bout de vingt-quatre heures, qui sont un jour. Mais si ce lieu où le vaisseau est péri, étoit éloigné de dix fois trente-six lieues, c'est à-dire de trois cent soixante lieues, il ne sera censé avoir eu la nouvelle qu'au bout de dix jours.

Ce temps se compte *de momento ad momentum;* c'est pourquoi, lorsqu'on sait non seulement le jour, mais l'heure à laquelle est arrivée la perte du vaisseau, on doit compter depuis cette heure.

Quid, lorsqu'on ne sait que le jour, et non l'heure? L'auteur du *Guidon de la mer* dit qu'on doit commencer à compter depuis l'heure du midi de ce jour; ce qui n'est fondé sur rien. Il est plus raisonnable de dire qu'on ne doit en ce cas commencer à compter que du lendemain, la perte du vaisseau ayant pu arriver à la dernière heure du jour.

Par la même raison, lorsque l'heure du jour que s'est passé le contrat n'est pas exprimée par l'acte, on ne doit compter les heures de ce jour que jusqu'à celle à laquelle les assureurs ont coutume d'ouvrir leur bureau, le contrat ayant pu être passé aussitôt l'ouverture du bureau.

23. L'assureur doit-il, afin de pouvoir compter les heures du jour auquel l'acte a été passé, être reçu à prouver par témoins qu'il n'a été passé que le soir ? Pour la négative on dira que l'ordonnance de 1667 a défendu la preuve testimoniale outre le contenu des actes, et que l'assureur doit s'imputer de n'avoir pas exprimé l'heure par l'acte. D'un autre côté, on peut dire que l'ordonnance, en défendant la preuve testimoniale outre le contenu des actes, n'a entendu défendre la preuve que des choses qu'on prétendoit faire partie de la convention, et n'avoir pas été exprimées par l'acte; et que la preuve du temps auquel l'acte a été passé, n'est pas une preuve outre le contenu de l'acte, ce temps ne faisant pas partie de la convention contenue dans l'acte, et étant quelque chose d'extérieur à l'acte. *Voyez notre Traité des Obligations, n.* 796.

Ajoutez que les contrats d'assurance sont une matière de commerce, et que, dans les matières de commerce, l'ordonnance de 1667, *tit.* 20, *art.* 2, *in fine*, laisse à la prudence des juges de suivre ou de ne pas suivre ses dispositions sur la preuve testimoniale.

24. Lorsque l'assuré, lors du contrat, avoit pu savoir la perte des effets assurés, parcequ'il s'étoit écoulé un temps suffisant pour cela, sans néanmoins qu'il y ait de preuve qu'il en ait eu effectivement connoissance, est-il sujet à la peine de la *double prime?* Vaslin, sur l'*art.* 38, suppose qu'il y est sujet. Je croirois le contraire. L'ordonnance, dans l'article 38, propose deux cas dans lesquels elle prononce contre l'assuré *la nullité* du contrat d'assurance; 1° lorsqu'il savoit; 2° lorsque probablement il pouvoit savoir la perte des effets assurés : mais elle ne prononce, par l'*art.* 41, *la peine* du paiement de la *double prime*, que dans le seul cas auquel l'assuré a su la perte, et non dans celui auquel il a seulement pu la savoir : car elle dit, *en cas de preuve contre l'assuré.* Or, de ce que l'assuré pouvoit savoir la perte de ses effets, parcequ'il s'est écoulé assez de temps pour cela, on n'en peut pas tirer la conséquence qu'il la savoit effectivement : *A posse ad ac-*

tum non valet consequentia. On opposera que l'ordonnance, *art.* 39, dit qu'en ce cas *l'assuré sera présumé avoir su la perte :* mais cela doit s'entendre en ce sens, que le contrat doit être en ce cas déclaré *nul,* de même que s'il y avoit des preuves positives qu'il le savoit. Ce n'est que par rapport à la nullité du contrat, que cette opposition doit avoir lieu, et non pour infliger à l'assuré la peine d'un dol qui doit être prouvé par des preuves indubitables : *Dolus nonnisi ex perspicuis indiciis probari debet.*

Observez néanmoins que s'il s'étoit écoulé, depuis la perte du vaisseau, un temps si considérable, qu'il fût contre toute vraisemblance que l'assuré l'ignorât lors du contrat, il ne seroit pas écouté à dire qu'il l'ignoroit, pour se soustraire à la peine de la *double prime.*

Observez aussi que les parties peuvent, par une clause particulière de la police d'assurance, déroger à la disposition de l'article 39 de l'ordonnance, qui établit une présomption que l'assuré a eu, lors du contrat, connoissance de la perte du navire, résultante du laps de temps qui s'est écoulé depuis la perte du vaisseau jusqu'au contrat, en comptant une lieue et demie pour heure.

Cette clause est celle par laquelle les parties déclarent que le contrat est fait *sur bonnes ou mauvaises nouvelles.* On y ajoute souvent, pour plus grande explication, ces termes, *renoncent à la lieue et demie pour heure.*

Ces clauses sont très-fréquentes dans les polices d'assurance; l'ordonnance en fait mention dans l'article 40, où il est dit : « Si toutefois l'assurance est faite *sur bonnes ou* « *mauvaises nouvelles,* elle subsistera, s'il n'est vérifié par « autres preuves que celle de la lieue et demie pour heure, « que l'assuré savoit la perte, ou l'assureur l'arrivée du « vaisseau avant la signature de la police. »

Il résulte de cet article, que tout l'effet de cette clause est que, dans le cas de cette clause, le laps de temps, à raison d'une lieue et demie pour heure, qui s'est écoulé depuis le temps de la perte du vaisseau jusqu'au contrat, n'est pas seul suffisant pour faire présumer que l'assuré

avoit, lors du contrat, connoissance de la perte du vaisseau, ni pour faire en conséquence déclarer nul le contrat. Mais lorsqu'il est justifié d'ailleurs que l'assuré, lors du contrat, avoit cette connoissance, cette clause, ni aucune autre, ne peut empêcher que le contrat ne soit déclaré nul; car l'assuré, en dissimulant, lors du contrat, cette connoissance, a commis un dol envers les assureurs. Or on ne peut pas valablement convenir *ne dolus præstetur;* l. 27, §. 3, ff. *de pact.*

25. On a demandé dans l'espèce suivante, si la connoissance qu'avoit l'assuré, lors du contrat, de la perte du vaisseau, étoit suffisamment justifiée. Un nommé Woulf avoit, le 21 novembre 1752, fait assurer à la première Chambre des Assurances de Paris, pour le compte de deux négociants de Gand, une somme de 19,000 livres, et une autre de 28,000 livres, pour chargement de marchandises sur le vaisseau *le Prince Charles*, chargé à Gottenbourg pour Ostende.

Les polices d'assurance contenoient la clause *sur bonnes ou mauvaises nouvelles.*

Le vaisseau étoit péri avec sa cargaison dès le 4 du mois.

Les assureurs ayant été assignés à l'amirauté du palais, en paiement de ces assurances, pour s'en défendre, soutinrent que les négociants de Gand avoient connoissance de la perte du vaisseau lorsqu'ils avoient donné l'ordre à Woulf de faire assurer; et pour le justifier, ils mirent en fait que le 22, qui étoit le jour auquel ils avoient écrit à Woulf pour lui donner l'ordre, la gazette d'Amsterdam, qui annonçoit la perte du vaisseau, avoit été publique à Gand dès le matin. La preuve de ce fait ayant été permise et ayant été faite; par sentence de l'Amirauté, du 20 septembre 1758, les polices d'assurance furent déclarées nulles, et les assurés condamnés au paiement de la *double prime :* et cette sentence fut confirmée par arrêt du 29 août 1759, en la première Chambre des Enquêtes. C'est un des principaux juges de l'Amirauté qui m'a fait part de cette décision. La mauvaise foi des deux négociants parut manifeste : il étoit

visible qu'ils avoient écrit pour donner l'ordre d'assurer, en sortant de lire la gazette qui leur avoit appris la perte du vaisseau.

Sur les formes qui doivent être observées dans les polices d'assurance, pour que les clauses *sur bonnes et mauvaises nouvelles*, et autres semblables, soient valables, voyez *infrà*.

§. II. Quelles sont les choses qu'on peut assurer.

26. Toutes sortes de choses qui sont sujettes à des risques, sont susceptibles du contrat d'assurance. On peut assurer des maisons contre le danger du feu, des fruits pendants, contre le danger de la grêle, etc.

Dans le contrat d'assurance maritime, on peut assurer le vaisseau, aussi bien que les marchandises qui y sont chargées.

27. L'Ordonnance de la Marine, *titre des Assurances, art.* 10, défend de faire aucune assurance sur la vie des personnes.

Par exemple, si des assureurs, pour une certaine somme que je leur donnerois, convenoient avec moi que si mon fils, que j'envoie à la Martinique, périssoit dans le voyage par quelque fortune de mer, comme dans un combat, ou par un naufrage, ils me paieroient une somme de cent pistoles, pour me dédommager de la perte que j'aurois faite de mon fils; un tel contrat seroit nul. Suivant cette disposition de l'ordonnance, les assureurs ne peuvent exiger de moi la *prime* convenue entre nous, et ils doivent me la rendre *condictione sine causâ*, s'ils l'ont reçue; et de mon côté je ne puis exiger d'eux la somme stipulée dans le cas de la perte de mon fils,

La raison est, qu'il est contre la bienséance et l'honnêteté publique de mettre à prix la vie des hommes. D'ailleurs la nature du contrat d'assurance étant que l'assureur se charge de payer l'estimation de la chose assurée, la vie d'un homme libre n'étant susceptible d'aucune estimation, *Liberum corpus æstimationem non recipit;* l. 3, ff. *si*

quadr.; elle ne peut par conséquent être susceptible du contrat d'assurance.

28. Ces raisons n'ont point d'application aux esclaves. Les nègres étant des choses qui sont dans le commerce, et qui sont susceptibles d'estimation, je ne vois pas pourquoi la vie des nègres ne seroit pas susceptible du contrat d'assurance : néanmoins M.*** ne pense pas qu'elle le soit, et dit n'en avoir pas vu d'exemple.

29. L'ordonnance, *article* 11, permet aussi à ceux qui ont racheté des captifs, de faire assurer le prix qu'ils ont payé pour leur rachat, que les assureurs, pour une certaine *prime* qu'ils reçoivent, s'obligent de rendre à ceux qui ont racheté les captifs, dans le cas où ces captifs, dans le voyage de leur retour, seroient repris, ou périroient par quelque fortune de mer, et autrement que par la mort naturelle. La raison de cette disposition est, que c'est plutôt le prix du rachat qui est assuré en ce cas, que la personne.

30. L'ordonnance, *article* 9, permet aussi à ceux qui s'embarquent, de faire assurer la liberté de leurs personnes: par ce contrat l'assureur, moyennant la *prime* convenue, s'oblige envers vous, dans le cas où pendant le voyage vous seriez pris par des corsaires ou par des ennemis, de payer la somme convenue avec vous, pour servir à votre rançon et aux frais de votre retour.

31. Il y a un principe à l'égard de ce qu'on peut faire assurer ou non par le contrat d'assurance maritime, qui est, qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre, et rien de plus.

Ce principe fait une des raisons pour lesquelles l'ordonnance, *titre des Assurances, art.* 16, défend à ceux qui prendront des deniers *à la grosse aventure*, de les faire assurer, à peine de nullité de l'assurance.

Par exemple, si un armateur a fait un emprunt d'une somme de cent mille livres, pour l'employer à l'armement de son vaisseau, et qu'il ait fait cet emprunt à la grosse aventure, c'est-à-dire, à condition que si le vaisseau pé-

rissoit dans le voyage, la perte tomberoit sur le prêteur, et qu'il seroit quitte envers lui de l'emprunt; et que si au contraire le vaisseau arrivoit à bon port, il rendroit au prêteur la somme, avec un gros profit maritime convenu entre eux; l'armateur en ce cas ne courant pas le risque de la perte de son vaisseau, jusqu'à concurrence de la somme de cent mille livres, qui doit tomber sur le prêteur, il ne peut faire assurer son vaisseau jusqu'à la concurrence de cette somme, par le principe qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre.

Mais si cet armateur avoit employé à l'armement de son vaisseau, outre la somme de cent mille livres qu'il a empruntée à la grosse aventure, une autre somme de cinquante mille livres de ses propres deniers; il pourroit le faire assurer jusqu'à la concurrence de cette somme de cinquante mille livres, qu'il court risque de perdre.

Il y a une autre raison pour laquelle l'ordonnance défend à celui qui a emprunté une somme à la grosse aventure, de la faire assurer; c'est qu'en la faisant assurer, il seroit de son intérêt que le vaisseau périt ou fût pris, ce qui pourroit donner lieu de sa part à des fraudes et à des manœuvres pour le faire prendre. Par exemple, si un armateur qui n'a employé à l'armement de son vaisseau qu'une somme de cent mille livres qu'il a empruntée à la grosse aventure, sans y rien mettre du sien, pouvoit le faire assurer, la perte du vaisseau lui procureroit un profit de la somme de cent mille livres qu'il recevroit de l'assureur, sous la déduction seulement de la *prime;* lequel profit il auroit en pur gain, ne lui en ayant rien coûté pour l'armement de son vaisseau, puisque par la perte du vaisseau il est quitte envers le prêteur de la somme qu'il y a employée. Ce profit que lui causeroit la perte du vaisseau, étant beaucoup plus considérable que celui qu'il auroit à espérer de l'arrivée à bon port, il est évident qu'il auroit un grand intérêt à la perte du vaisseau, et que s'il étoit malhonnête homme, il pourroit pratiquer des fraudes et des manœuvres, telles que des intelligences avec des corsaires, pour le faire pren-

dre : c'est ce qui a porté l'ordonnance à défendre avec sévérité, et à peine de punition corporelle, cette espèce d'assurance.

32. A l'égard de celui qui a prêté une somme à la grosse aventure, il peut bien faire assurer son capital, c'est-à-dire, la somme qu'il a prêtée, parceque c'est celui qui court le risque de cette somme au cas de perte du vaisseau ou du chargement sur lequel il a prêté cette somme : mais l'ordonnance, *art.* 17, lui défend de faire assurer le profit des sommes qu'il a données à la grosse aventure, c'est-à-dire, le profit qu'il a stipulé en cas d'heureuse arrivée du vaisseau. La raison de cette défense est tirée du principe que nous venons de rapporter, que l'ordonnance ne permet d'assurer que ce qu'on court risque de perdre. Or ce profit maritime que le prêteur a stipulé, par le contrat de prêt à la grosse aventure, est un gain qu'il manquera de faire si le vaisseau périt, et non une perte qu'il court risque de faire.

33. De ce principe, qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on court risque de perdre, il suit que je ne puis plus faire assurer par un second assureur ce que j'ai déja fait assurer par un premier, puisque cela n'est plus à mes risques. L'ordonnance, *art.* 20, me permet seulement en ce cas de faire assurer la solvabilité du premier assureur; car c'est de cette solvabilité que je cours le risque, et non de mes effets, qui sont assurés, s'il est solvable.

En faisant assurer par un second assureur la solvabilité du premier, je ne désoblige pas le premier; mais le second accède à l'obligation du premier assureur, et se rend sa caution : c'est pourquoi il doit, de même qu'une caution, avoir l'exception de *discussion*, à moins qu'il n'y ait renoncé.

34. L'ordonnance, *art.* 20, me permet aussi de faire assurer par un second assureur *le coût de l'assurance*, c'est-à-dire, *la prime* que je me suis obligé de donner au premier assureur. Par exemple, si je me suis fait assurer cinquante mille livres, valeur d'un chargement que j'avois sur

un tel vaisseau, pour une *prime* de cinq mille livres que je me suis obligé de donner à l'assureur à tout évènement, soit en cas de perte, soit en cas d'heureuse arrivée du vaisseau; je ne puis pas faire assurer par un second assureur les cinquante mille livres, puisqu'elles sont déja assurées, et que je ne cours pas le risque de les perdre; mais en cas de perte du vaisseau, l'assureur me retiendra, sur les cinquante mille livres qu'il m'a assurées, la *prime* de cinq mille livres; je cours donc risque de perdre ces cinq mille livres. C'est pourquoi je puis faire assurer cette somme de cinq mille livres, par un second assureur qui s'obligera de me payer cette somme de cinq mille livres, en cas de perte du vaisseau.

On opposera peut-être que je ne cours pas un vrai risque par rapport à cette somme de cinq mille livres, puisqu'à tout évènement, soit en cas de perte du vaisseau, soit en cas d'heureuse arrivée, je dois la payer à l'assureur. La réponse est, qu'en cas d'heureuse arrivée du vaisseau, je ne perdrai pas cette *prime*, puisque j'en serai dédommagé par le profit que je ferai de mes marchandises: mais en cas de perte du vaisseau, elle tombe en pure perte pour moi. C'est pourquoi il est vrai que je cours le risque de cette *prime* de cinq mille livres en cas de perte du vaisseau; et par conséquent je puis la faire assurer par un second assureur.

Le prix dont je conviens avec le second assureur, par le second contrat d'assurance, pour qu'il m'assure la *prime* du premier contrat, s'appelle *prime de prime*.

De même que je puis faire assurer la *prime* du premier contrat par un second assureur, de même je puis faire assurer par un troisième la *prime de prime* du second contrat; *et sic deinceps*.

35. C'est par le même principe qu'on ne peut faire assurer que ce qu'on risque de perdre, qu'un assureur peut bien faire réassurer les effets qu'il a assurés (comme nous le ferons voir *infrà*, *n.* 178), parceque la perte qui en peut arriver, est pour lui une perte qu'il court risque de faire.

Mais il ne peut pas faire assurer pareillement la *prime* qui lui a été promise dans le cas seulement de l'heureuse arrivée; car cette *prime* n'est pas pour lui une perte qu'il court risque de faire en cas de perte du vaisseau, mais c'est un gain qu'il manque de faire.

36. C'est par le même principe que l'ordonnance, *art.* 15, défend aux propriétaires et maîtres de navires de faire assurer *le fret* à faire de leurs bâtiments; aux marchands, *le profit* espéré de leurs marchandises; aux gens de mer, *les loyers* qui ne leur seront dus qu'à l'arrivée du vaisseau; parceque ce *fret* à faire, ce *profit* à espérer des marchandises, ces *loyers*, sont des gains qu'ils manquent de faire, si le vaisseau ou les marchandises périssent, plutôt qu'une perte qu'ils courent risque de faire.

L'ordonnance n'a parlé que du fret à faire, c'est-à-dire, de celui qui n'est pas encore dû au propriétaire du navire, et qui ne lui sera dû qu'à l'arrivée du vaisseau. A l'égard de *fret acquis*, c'est-à-dire, de celui qui, aux termes de la convention entre le propriétaire du navire et le marchand, doit lui être payé à tout évènement, dans le cas de la perte du vaisseau et des marchandises, comme dans celui de l'heureuse arrivée, il est évident qu'il ne peut pas être matière d'assurance de la part du propriétaire du navire, puisqu'il ne court aucun risque par rapport à ce fret: mais il peut être une matière d'assurance de la part du marchand qui fait assurer son chargement, ce *fret* faisant partie des dépenses que ce marchand court risque de perdre, en cas de perte du chargement.

37. L'ordonnance défend bien de faire assurer le *profit espéré* des marchandises, tant qu'il n'est qu'espéré; mais lorsque le profit est fait et acquis, le marchand peut le faire assurer contre le risque qu'il court de ne le pas conserver. Par exemple, si un marchand qui a fait assurer pour le voyage et pour le retour une cargaison de valeur de cinquante mille livres, qu'il avoit sur un navire destiné pour le cap Saint-Domingue, a eu avis que ses marchandises arrivées au cap ont été vendues avec un bénéfice très-con-

sidérable, et que ce qui en est provenu, chargé en retour, est de valeur de cent mille livres, il peut faire assurer les cinquante mille livres qu'il a d'augmentation; car c'est un profit fait et acquis.

38. Une prise que fait en temps de guerre un vaisseau corsaire, autorisé pour aller en course, est un profit acquis aussitôt qu'elle est faite : c'est pourquoi le propriétaire du vaisseau corsaire peut la faire assurer contre les dangers qu'elle court, jusqu'à ce qu'elle soit amenée dans un port de France.

39. A l'égard des *loyers des gens de mer*, qu'ils ne doivent exiger qu'en cas d'heureuse arrivée; outre la raison tirée du principe ci-dessus rapporté, il y en a une autre pour laquelle l'ordonnance leur défend de faire assurer leurs loyers; c'est de peur qu'en étant assurés, il n'eussent moins de soin pour la conservation du vaisseau, à laquelle ils n'auroient plus d'intérêt.

40. C'est par une raison semblable que l'ordonnance, *art.* 19, ne permet aux gens qui sont dans le vaisseau, d'assurer les effets qu'ils y ont, que sous la déduction d'un dixième, qui doit demeurer à leurs risques, afin que cet intérêt qu'ils conservent pour un dixième, les porte à prendre pour la conservation du vaisseau un soin qu'ils pourroient ne pas prendre, s'ils n'étoient sujets à aucun risque, et que tout ce qu'ils y ont fût assuré.

L'ordonnance, *art.* 19, ordonne la même chose à l'égard du propriétaire du vaisseau, sans distinguer, comme à l'égard des autres assurés, s'il est dans le vaisseau ou non : *si les assurés sont dans le vaisseau, ou qu'ils en soient les propriétaires.* La raison est que, quoique le propriétaire du vaisseau ne soit pas lui-même dans le vaisseau, il y a lieu de craindre que le maître qu'il y a préposé, et qui est son homme, n'ait pas le même soin pour la conservation du vaisseau, à laquelle il sauroit que son commettant n'a plus d'intérêt. Tout ceci est tiré des *art.* 18 *et* 19 *du titre des Assurances*, où il est dit : « Les assurés courent tou-

« jours risque du dixième des effets qu'ils auront chargés, « s'il n'y a déclaration expresse dans la police, qu'ils en« tendent faire assurer le total; *art.* 18.

« Et si les assurés sont dans le vaisseau, ou qu'ils en « soient les propriétaires, ils ne laisseront pas de courir « le risque du dixième, encore qu'ils aient déclaré faire « assurer le total; *art.* 19. »

M. Vaslin observe que dans l'usage on contrevient souvent à ce qui est porté par la fin de cet article, *encore qu'ils aient;* mais je ne crois pas que les tribunaux, si l'affaire y étoit portée, autorisassent des déclarations faites contre la disposition de cet article. Un usage aussi contraire à la loi, est un abus.

41. A l'égard des autres personnes qui ne sont pas sur le vaisseau, et qui n'en sont propriétaires pour aucune partie, ils peuvent faire assurer pour le total les effets qu'ils y ont, sans aucune déduction du dixième : mais il faut pour cela qu'il y en ait une déclaration expresse par l'acte ou *police* d'assurance, sans quoi les assurés doivent courir le risque du dixième desdits effets.

42. Lorsque le propriétaire d'un vaisseau a fait assurer pour une somme de soixante mille livres son vaisseau qui en vaut cent, et sa cargaison, qui est de valeur de cent mille livres, pour une somme de cent mille livres; l'assureur peut-il, en cas de perte du vaisseau et de la cargaison, lui retenir le dixième des cent mille livres, prix de la cargaison, comme devant être à ses risques? Vaslin, qui se propose cette question sur l'*art.* 18 de l'ordonnance, fait cette distinction : Si ces assurances ont été faites par un même contrat, l'assureur n'est pas fondé à retenir le dixième de la somme de cent mille livres, assurée pour le prix de la cargaison, parceque cet armateur n'ayant fait assurer que pour une somme de soixante mille livres son vaisseau qui en valoit cent mille, il se trouve avoir couru le risque d'une somme de quarante mille livres pour l'excédant de la valeur du vaisseau, laquelle somme de quarante mille livres est plus que le dixième de celle de deux cent mille livres, à

laquelle montoient tous ses effets qu'il a fait assurer. Mais si c'est par deux contrats différents qu'il a fait assurer son vaisseau et la cargaison, Vaslin décide que l'assureur est en ce cas fondé à retenir le dixième de la somme pour laquelle la cargaison a été assurée, l'assuré ayant dû porter le risque du dixième de cette cargaison, sans qu'il puisse imputer sur le dixième, dont il doit courir le risque, la partie pour laquelle il court le risque de la valeur du vaisseau, le vaisseau étant quelque chose dont il n'a pas été question dans la police d'assurance de la cargaison. Il dit que cela a été ainsi jugé par une sentence arbitrale rendue à Marseille le 11 septembre 1749. Cette décision ne me paroît pas juste. Le dixième dont l'ordonnance veut que les assurés courent le risque, est le dixième, non des effets qu'ils ont fait assurer, et qui sont compris dans la police, mais le dixième de ceux qu'ils ont sur le vaisseau. L'ordonnance dit : *Les assurés courent le risque du dixième des effets* QU'ILS AURONT CHARGÉS.

43. Pour régler à combien monte le dixième dont l'assuré doit courir le risque, l'assuré peut joindre au prix de l'achat de ses marchandises, et aux frais de leur chargement, le coût de la *prime* qu'il paie pour les faire assurer, et de ce total on distrait le dixième. Par exemple, si le prix de l'achat des marchandises est de mille livres, les frais de leur chargement, de deux cents livres, et que j'aie fait assurer une somme d'onze cent cinquante livres sur ces marchandises, pour une *prime* de 92 livres, à raison de huit pour cent, la police d'assurance ne devra pas souffrir de réduction; car ces marchandises, y compris la prime de 92 livres que j'ai donnée pour les faire assurer, me reviennent à 1,292 livres; le dixième par conséquent, dont je dois courir le risque, monte à 129 livres. Mais ne devant recevoir de l'assureur que la somme de 1,150 livres, en cas de perte du vaisseau, il reste encore (pour aller jusqu'à 1,292 livres) 142 livres que je cours risque de perdre, y compris la prime que j'ai donnée; et par conséquent je cours risque de plus du dixième de la somme à

laquelle me reviennent mes effets. Voyez le *Guidon de la mer, art.* 9, *ch.* 2; *art.* 3 *et* 15, *ch.* 15.

44. Lorsque, contre la disposition de l'ordonnance, j'ai fait assurer le total de mes effets, sans diminution du dixième dont je devois porter le risque, le contrat n'est pas nul pour cela; mais il est réductible à la somme à laquelle devoit monter la somme que je pouvois faire assurer, en faisant distraction du dixième dont je dois courir le risque. C'est ce qu'observe Vaslin sur l'*art.* 19.

Pareillement, lorsque quelqu'un a fait assurer avec une chose que les lois permettoient de faire assurer, une autre chose que les lois ne permettoient pas de faire assurer, comme lorsqu'un prêteur à la grosse aventure a fait assurer avec son capital le profit maritime qu'il espéroit en retirer, le contrat d'assurance n'est pas entièrement nul; il ne l'est que quant à la chose que la loi ne permettoit pas de faire assurer : il faut distraire de l'assurance cette chose, et l'assurance sera valable pour le surplus.

ARTICLE II.

Des risques.

§. I. Il faut qu'il y ait un risque auquel la chose soit exposée.

45. Il est de l'essence du contrat d'assurance, non seulement qu'il y ait, lors du contrat, une chose qu'on fasse assurer, qui soit la matière de ce contrat; *suprà, art.* 1, §. 1; mais aussi que cette chose, lors du contrat, soit ou doive être par la suite exposée à des risques dont l'assureur se charge.

46. Néanmoins, de même que dans le cas auquel les parties ont contracté de bonne foi, et n'ont su ni pu savoir, lors du contrat, que la chose qu'on a fait assurer par le contrat, étoit déja périe, la loi civile fait subsister le contrat en supposant, par une fiction de droit, que la chose subsistoit encore lors du contrat, et en ne comptant le temps de sa perte que du jour de la nouvelle qu'on en a eue depuis le contrat, comme nous l'avons vu en

l'article précédent, §. 1; de même, lorsque les parties ont contracté de bonne foi, et que l'assureur n'a su ni pu savoir, lors du contrat, que le vaisseau étoit arrivé à bon port, et que les risques dont il se charge par le contrat, étoient cessés, la loi civile fait subsister le contrat, en supposant, par une fiction de droit, que le vaisseau n'est arrivé à bon port et que les risques ne sont cessés que du jour de la nouvelle qu'on en a eue.

47. Mais si, lors du contrat, l'assureur a su ou pu savoir l'arrivée du vaisseau à bon port, le contrat est nul, faute de risques qui en aient pu être la matière; et en outre l'ordonnance prononce contre lui une peine. Il est dit, *art.* 41, qu'en ce cas, si la preuve est faite contre l'assureur, il sera condamné à la restitution de la *prime* (lorsqu'il l'a reçue), et d'en payer le double à l'assuré.

Observez que l'ordonnance ne dit pas qu'il restituera la *prime* au double, auquel cas la peine ne seroit que d'une fois autant; mais elle dit qu'il restituera la *prime*, qui ne lui étoit pas due, et en paiera le double; ce qui signifie, comme l'explique fort bien Vaslin, qu'outre la restitution de la *prime*, il paiera encore, par forme de peine, une somme double de celle de la *prime*. Cela est juste; car son délit étant égal à celui de l'assuré qui fait assurer ayant connoissance de la perte, la peine qui lui est infligée doit être égale à celle qui est infligée à l'assurée : or celle infligée à l'assuré est d'une somme double de celle de la *prime*. Mais s'il ne rendoit que la *prime* au double, lorsqu'il l'a reçue, la peine ne seroit pas du double, mais seulement d'une fois autant, la restitution de la *prime* ne faisant pas partie de la peine, puisque le contrat étant nul, il l'a reçue indûment.

48. Tout ce que nous avons dit au §. 1 de l'article précédent, sur les questions de savoir quand l'assuré est censé avoir su ou pu savoir, lors du contrat, la perte de la chose qu'il faisoit assurer, reçoit application à celles de savoir quand l'assureur doit être censé avoir su ou pu savoir, lors du contrat, l'heureuse arrivée du navire.

§. II. Quels sont les risques dont se charge l'assureur par le contrat d'assurance.

49. L'assureur se charge par le contrat d'assurance, des risques de tous les cas fortuits qui peuvent survenir par force majeure durant le voyage, et causer à l'assuré une perte dans les choses assurées, ou par rapport auxdites choses.

C'est ce qui est établi par *l'art.* 26 du *tit.* 6 de l'ordonnance. Il y est dit : « Seront aux risques des assureurs tou-« tes pertes et dommages qui arriveront sur mer par tem-« pêtes, naufrages, échouements, abordages, changements « de route, de voyage ou de vaisseau, jet, feu, pillages, « prises, arrêt de prince, déclarations de guerre, repré-« sailles, et généralement toutes fortunes de mer. »

Ces termes, *toutes pertes et dommages*, doivent-ils être restreints au cas de la perte des effets assurés, ou de leur détérioration, arrivée par une fortune de mer? ou comprennent-ils aussi tous les frais extraordinaires, auxquels des fortunes de mer ont donné lieu, ce qui s'appelle *avaries? Tit. des avaries, article premier.* Par exemple, si une tempête avoit fait échouer le navire; les frais pour rembarquer les marchandises doivent-ils être portés par les assureurs? Un jurisconsulte à qui j'ai communiqué ce traité, a trouvé que cette question souffroit difficulté. Il me paroît que les assureurs doivent être tenus de ces frais : ces frais extraordinaires sont pour le marchand qui a fait assurer une *perte* qui lui est causée par une fortune de mer. Or l'ordonnance charge, dans les termes les plus généraux, les assureurs, de toutes les pertes qui arrivent par quelque fortune de mer. L'ordonnance ne dit pas, toutes pertes et dommages *dans les choses assurées;* elle dit en général, *toutes pertes et dommages.* Un ancien négociant très éclairé, qui a demeuré très long-temps sur un des principaux ports de Normandie, m'a attesté qu'il avoit toujours vu les assureurs, quoique les plus pointilleux pour chercher à restreindre leurs obligations, ne faire néanmoins aucune

difficulté de se soumettre à supporter les avaries et frais extraordinaires causés par quelque fortune de mer, pour la conservation des effets assurés.

50. L'article fait ensuite l'énumération des différentes fortunes de mer qui doivent tomber sur l'assureur; *tempêtes, naufrages, échouements :* on entend assez ce que c'est.

Abordages; c'est-à-dire, lorsque mon vaisseau que j'ai fait assurer, a été endommagé par le heurt d'un autre vaisseau, l'assureur est tenu de m'indemniser du dommage arrivé à mon vaisseau par cet abordage, lorsqu'il est arrivé par un cas fortuit, comme dans une tempête, ou même lorsqu'il est arrivé par la faute du maître d'un autre vaisseau; auquel cas je dois céder à l'assureur mes actions contre celui par la faute de qui est arrivé l'abordage, et contre son commettant. Mais si c'est par la faute du maître de mon vaisseau que l'abordage est arrivé, l'assureur n'en est pas tenu, s'il n'y a une clause particulière que l'assureur sera tenu *de la baratterie du patron,* comme nous le verrons *infrà, n.* 65.

51. *Changement de route, de voyage.* La disposition de cet article, qui charge les assureurs des pertes et dommages arrivés par cas fortuits, même en cas de *changement de route ou de voyage,* doit s'entendre du cas auquel le changement a été forcé, comme lorsqu'il a été causé par les vents contraires, ou dans le cas d'une juste crainte de tomber entre les mains de pirates ou d'ennemis; mais s'il avoit été fait sans nécessité, les assureurs seroient déchargés, suivant l'*art.* 27, comme nous le verrons *infrà, n.* 72 *et suiv.*

Ou de vaisseau. Ce qui doit pareillement s'entendre du cas auquel c'est par nécessité qu'on a chargé sur un autre vaisseau les marchandises assurées; *putà,* si par une tempête, le vaisseau sur lequel elles étoient chargées et assurées, s'est allé briser le long d'une côte, la dépense qu'il faut faire en ce cas pour les charger sur un autre vaisseau, est un dommage qui doit être porté par les assureurs.

52. *Jet.* Lorsque ce sont les marchandises assurées qu'on a été obligé de jeter à la mer, il n'est pas douteux que les assureurs en doivent payer à l'assuré la valeur, sauf à eux à exercer les actions de l'assuré contre ceux qui sont tenus à la contribution.

Lorsque ce sont d'autres marchandises qui ont été jetées à la mer, à la perte desquelles le propriétaire des marchandises assurées qui ont été conservées, doit contribuer, cette contribution doit-elle être supportée par les assureurs, à la décharge du propriétaire qu'ils ont assuré? Je le pense; car quoique la perte que cette contribution cause à l'assuré, soit une perte qu'il ne souffre pas dans les marchandises mêmes qu'il a fait assurer, il suffit qu'il la souffre par rapport auxdites marchandises, et qu'elle soit causée par une fortune de mer, pour que l'assureur doive supporter cette perte, et qu'il en doive indemniser l'assuré. La disposition de l'*art.* 26, ci-dessus rapportée, est générale; il y est dit : *Seront aux risques des assureurs toutes pertes et dommages qui arriveront sur mer, et généralement toutes fortunes de mer.*

Ajoutez que les assureurs étant ceux qui profitent du jet, qui a conservé les marchandises assurées, puisqu'elles étoient à leurs risques, ce sont eux qui doivent supporter la contribution. C'est par cette raison que l'*art.* 16 *du tit. du contrat à la grosse*, charge les donneurs à la grosse de contribuer aux avaries communes. La même raison milite pour les assureurs.

53. *Feu.* Les assureurs en sont tenus, lorsque c'est par un cas fortuit, comme par le feu du ciel ou dans un combat, que le feu a pris au vaisseau : mais si c'étoit par la négligence et la faute des mariniers, ils n'en seroient pas tenus, à moins que par une clause particulière ils ne se fussent chargés de la baratterie du patron; voyez *infrà*, *n.* 65.

Il est arrivé quelquefois que des capitaines, ne pouvant plus défendre le navire, y ont mis le feu pour l'empêcher de tomber entre les mains des ennemis. Il n'est pas permis d'en venir à cette extrémité, à moins que le capitaine n'ait

trouvé le moyen de faire sortir tout son monde du navire avant que le feu y prît. Le capitaine, ayant eu cette précaution, fait brûler le vaisseau : on demande si les assureurs peuvent se défendre d'en supporter la perte, sur le prétexte qu'elle est arrivée par le fait du capitaine. Je pense que les assureurs la doivent supporter, et qu'ils ne peuvent opposer qu'il a été brûlé par le fait du capitaine; car le capitaine a eu un juste sujet de le brûler; et quand même le navire n'auroit pas été incendié, il n'en auroit pas moins été perdu, puisqu'on suppose que la prise en eût été sans cela inévitable.

54. *Prises.* L'assureur en est tenu, soit que la prise en ait été faite de bonne guerre, soit qu'elle ait été injuste, soit qu'elle ait été faite par hostilité, ou par brigandage; car de quelque manière qu'elle ait été faite, c'est une fortune de mer : or les assureurs sont tenus de toutes les fortunes de mer.

Quid, si les assureurs mettoient en fait que le vaisseau a été pris par la lâcheté et la poltronnerie du capitaine, qui a rendu le vaisseau au premier coup de canon, lorsqu'il pouvoit se défendre? On m'a assuré que dans les tribunaux on n'admettoit pas cette preuve, et que le capitaine qui s'étoit rendu, étoit présumé n'avoir pu faire autrement.

55. *Pillage.* La perte des effets assurés qui arrive par le pillage qui en est fait, en cas de naufrage, par des pillards, sur le rivage où le flot les a jetés, est une fortune de mer que les assureurs doivent supporter.

56. *Arrêt de prince.* L'arrêt diffère de la prise. La *prise* d'un vaisseau se fait en pleine mer; l'*arrêt* se fait dans un port ou une rade où le vaisseau se trouve.

L'ordonnance rapporte entre les différentes espèces de fortunes de mer qui doivent tomber sur les assureurs, l'*arrêt du prince.* Il y a néanmoins à cet égard plusieurs distinctions à faire. Cet arrêt se fait, ou en pays étranger, par les ordres du prince étranger; ou dans un port du royaume, par les ordres du roi.

Au premier cas, lorsque c'est en pays étranger, et par

l'ordre d'un prince étranger, que l'arrêt a été fait, il faut encore distinguer en quelle circonstance il a été fait, et s'il y a espérance, ou non, d'en avoir main-levée. Lorsque l'arrêt a été fait après une déclaration de guerre, ou en vertu de lettres de représailles, c'est une fortune de mer à la charge des assureurs; et l'assuré peut incontinent, quand même la confiscation n'auroit pas encore été prononcée, faire aux assureurs l'abandon des marchandises assurées, et exiger d'eux la somme assurée.

Mais lorsque l'arrêt a été fait en temps de paix, comme il y a en ce cas espérance d'une main-levée de l'arrêt, cet arrêt n'est pas réputé incontinent une fortune de mer, dont les assureurs doivent se charger; et l'assuré n'est pas fondé incontinent à demander la somme assurée, en abandonnant aux assureurs les effets assurés : il ne peut faire cet abandon qu'au bout d'un certain temps réglé par l'ordonnance, lorsqu'il n'a pu, pendant ce temps, obtenir la main-levée de l'arrêt, et qu'il justifie des diligences qu'il est tenu de faire pour cela, suivant l'*art.* 51 *du tit. des assurances.* Ce temps est de six mois, du jour de la signification de l'arrêt du vaisseau, faite aux assureurs, lorsque l'arrêt a été fait en Europe ou en Barbarie; et d'un an lorsqu'il a été fait en pays plus éloigné; *art.* 49.

Lorsque les effets assurés sont des marchandises périssables, le délai n'est que de six semaines, au lieu de six mois; ou de trois mois, au lieu d'un an; *art.* 50.

57. Quoique l'assuré qui a eu main-levée de l'*arrêt* pendant ce temps, ou même depuis ce temps, mais avant qu'il ait fait son abandon aux assureurs, ne puisse plus le faire, il peut néanmoins demander aux assureurs qu'ils l'indemnisent du dommage qu'il a souffert par le dépérissement survenu aux marchandises pendant le temps qu'a duré l'arrêt, ou pour les nourritures et loyers des matelots pendant ledit temps, pour la part dont il en a été tenu; c'est une avarie qui est à la charge des assureurs.

Lorsque le prince a pris, dans un cas de besoin, en tout ou en partie, les marchandises assurées, et en a payé le

prix, l'assuré, étant payé du prix de ses marchandises, ne souffre aucune perte, et n'a par conséquent aucun recours contre les assureurs.

58. Lorsque l'arrêt a été fait pour cause de contrebande, et que les marchandises assurées s'étant trouvées de contrebande, ont été confisquées, cette perte doit-elle tomber sur les assureurs? Par exemple, un négociant françois a fait charger en Espagne clandestinement des marchandises de soierie, contre les lois d'Espagne, qui en défendent l'exportation : le vaisseau a été arrêté par les officiers du roi d'Espagne, et les marchandises confisquées, comme étant chargées en contrebande. Les assureurs sont-ils tenus de cette perte? Vaslin tient l'affirmative, pourvu que les assureurs aient eu connoissance que les marchandises qu'on a fait assurer étoient de contrebande : car s'ils l'avoient ignoré, il n'est pas douteux en ce cas qu'ils n'en seroient pas tenus : ils ne pourroient pas être censés s'être soumis au risque de la confiscation pour cause de contrebande, n'ayant pas de connoissance que les marchandises fussent de contrebande.

Vaslin cite une sentence de l'amirauté de Marseille, du 30 juin 1758, qui a jugé conformément à son opinion dans l'espèce ci-dessus rapportée, et qui a été confirmée par arrêt du parlement d'Aix, du 30 juin suivant; et il rapporte une longue consultation qui contient les raisons sur lesquelles les juges se sont fondés. Ces raisons se réduisent à dire qu'il n'est pas, à la vérité, permis à un François de faire en France un commerce de contrebande, que les lois du royaume défendent, et que par conséquent le contrat d'assurance qui interviendroit pour favoriser et assurer un pareil commerce, par lequel les assureurs se chargeroient du risque de la confiscation pour cause de cette contrebande, seroit un contrat illicite et nul : mais qu'il n'est pas défendu à un François de faire en pays étranger un commerce de contrebande qui n'est défendu que par les lois de ce pays, auxquelles, selon lui, le François n'est pas sujet; que ce commerce n'étant pas illicite,

le contrat d'assurance qui intervient pour assurer ce commerce, n'a rien non plus d'illicite, et qu'il peut licitement charger par ce contrat les assureurs, du risque de la confiscation pour cause de cette contrebande, de même que des autres fortunes de mer.

Ce principe me paroît faux. Il est faux qu'il soit permis à un François de faire dans un pays étranger un commerce de contrebande, défendu par les lois du pays. Ceux qui commercent dans un pays, sont, par le droit des gens, et par la loi naturelle, obligés de se conformer, pour ce commerce, aux lois du pays où ils le font. Chaque souverain a empire et juridiction sur tout ce qui se fait dans le pays où il a droit de commander; il a par conséquent le droit de faire, pour le commerce qui se fait dans ses états, des lois qui obligent tous ceux qui le font, les étrangers aussi bien que ses sujets. On ne peut disputer à un souverain qu'il n'ait le droit de retenir dans ses états certaines marchandises qui y sont, et d'en défendre l'exportation : les en exporter contre ses ordres, c'est donner atteinte au droit qu'il a de les y retenir, et par conséquent c'est une injustice. D'ailleurs, quand même, ce qui est faux, un François ne seroit pas par lui-même sujet aux lois d'Espagne pour le commerce qu'il fait en Espague, on ne peut pas disconvenir que les Espagnols dont il est obligé de se servir, sont sujets à ces lois, et qu'ils pèchent grièvement en concourant avec lui à l'exportation défendue par lesdites lois. Or, par cela même qu'il ne peut faire ce commerce de contrebande en Espagne sans engager des Espagnols à pécher, il pèche lui-même; car c'est pécher que d'engager quelqu'un à pécher. Ce commerce est donc illicite, et contraire à la bonne foi; et par conséquent le contrat d'assurance qui intervient pour favoriser et assurer ce commerce, en chargeant l'assureur des risques de la confiscation, auxquels il est exposé, est particulièrement illicite, et ne peut par conséquent produire aucune obligation.

59. Passons au second cas, qui est celui auquel l'*arrêt* a été fait dans les ports du royaume par l'ordre du roi,

Les causes les plus ordinaires pour lesquelles le roi fait faire ces arrêts, c'est lorsqu'en temps de guerre, ou à la veille d'une guerre, pour prévenir les prises des vaisseaux, le roi les retient dans ses ports, jusqu'à ce qu'ils puissent partir en flotte, et être escortés par des vaisseaux de guerre.

L'*art.* 25 disant qu'en ce cas, lorsque l'arrêt est fait *avant le voyage commencé,* les assurés ne pourront, à cause de l'arrêt, faire l'abandon de leurs effets aux assureurs; de ces termes, *avant le voyage commencé,* il résulte, par un argument *à contrario,* que si c'étoit *depuis le voyage commencé* que l'arrêt eût été fait, quoique dans un port du royaume, où le vaisseau auroit été obligé de relâcher, et par ordre du roi, il en devroit être autrement, et que les assurés pourroient être en ce cas reçus à l'abandon, de même que lorsque l'arrêt est fait en pays étranger, et par l'ordre d'un prince étranger. C'est la conséquence qu'en a tirée Vaslin sur cet article.

La raison de différence entre le cas de l'arrêt du vaisseau fait avant le départ, et celui fait depuis, est que, comme nous le verrons *infrà*, le temps des risques dont les assureurs se chargent à l'égard du vaisseau, ne commence que du jour du départ. C'est ce que veut dire l'auteur du *Guidon,* lorsqu'il dit, *chap.* 9, que l'arrêt fait avant le départ du vaisseau n'est que *danger de terre,* dont l'assureur n'est pas tenu.

60. Lorsque l'arrêt du vaisseau, qui est fait avant son départ, n'est fait que pour retarder son départ, en attendant une escorte, le contrat ne laisse pas de devoir subsister : il doit suffire aux assureurs de n'être pas tenus d'indemniser l'assuré de la perte qu'il souffre du retard; ils ne peuvent pas, sans son consentement, se désister du contrat.

Lorsque l'arrêt a été fait parce que le roi avoit besoin du navire, l'assuré peut encore, en ce cas, faire subsister le contrat, en chargeant les marchandises assurées sur un autre navire, et en notifiant ce chargement aux assureurs; sans quoi le contrat devient nul.

Si l'arrêt est fait pour tirer du vaisseau quelques effets dont le roi avoit besoin, le contrat subsiste pour le surplus, en diminuant la *prime* à proportion.

Lorsque l'arrêt n'a été fait que parce que le roi avoit besoin du maître, le propriétaire peut préposer un autre maître, sans que le contrat en reçoive aucune atteinte.

61. *Déclaration de guerre.* Les risques auxquels une déclaration de guerre survenue depuis le contrat d'assurance expose le navire et sa cargaison, sont, suivant la disposition de cet article, des risques dont sont tenus les assureurs, quoique le contrat ait été fait en temps de paix, et dans un temps auquel on ne s'attendoit pas à la guerre.

Mais le prix de la *prime* doit-il en ce cas être augmenté? Voyez cette question *infrà, n.* 83.

Représailles. On appelle *représailles*, lorsqu'une puissance voisine qui prétendroit que nous avons dénié la justice qui étoit due à ses sujets, leur accorde des lettres de représailles, qui leur donnent pouvoir de courir sur nos vaisseaux. Le cas de ces représailles est assez semblable à celui d'une déclaration de guerre.

Et généralement *toutes autres fortunes de mer.* Ces termes généraux comprennent tous les cas extraordinaires de force majeure qui peuvent causer ou la perte des choses assurées, ou quelque dommage dans lesdites choses, ou par rapport auxdites choses.

62. Il nous reste à voir pendant quel temps les assureurs sont chargés des risques des choses assurées, et quand ce temps commence et finit. Sur la première question, il faut suivre ce qui est réglé par la police d'assurance. Quelquefois elle est faite pour le temps du voyage seulement; quelquefois elle est faite pour le temps du voyage et du retour; auquel cas les assureurs sont tenus des risques jusqu'au retour du vaisseau.

Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, l'assurance n'est censée faite que pour l'aller, et non pour le retour; *Vaslin, et les auteurs par lui cités.*

Quelquefois l'assurance est faite pour un certain temps

limité, sans aucune désignation de voyage; comme lorsqu'il est dit simplement, que les assureurs ont assuré un tel vaisseau pour le temps de six mois, à compter du jour qu'il aura mis à la voile. Cette espèce d'assurance se fait à l'égard des vaisseaux armés en course. Les assureurs ne sont en ce cas tenus des risques que pendant le temps convenu; après ce temps expiré, ils en sont de plein droit déchargés pour l'avenir, quoique le vaisseau soit encore en mer, et leur *prime* est gagnée; sauf à régler les pertes et avaries qui ont pu avoir lieu avant l'expiration de ce temps; voyez l'*art.* 34.

Mais lorsque l'assurance est faite pour un voyage désigné par la police; quoique la police ait limité un temps pour le voyage, les assureurs sont tenus de tous les risques qui peuvent arriver pendant tout le voyage, même de ceux qui arriveroient depuis l'expiration de ce temps, lequel est censé avoir été limité par la police, non à l'effet que les assureurs fussent déchargés des risques après l'expiration de ce temps, mais à l'effet seulement que si le voyage duroit plus long-temps, la *prime* fût augmentée à proportion de ce qu'il dureroit de plus, sans que pour cela la *prime* dût être diminuée dans le cas où il dureroit moins, ce temps étant censé n'être apposé qu'en faveur des assureurs: c'est la disposition de l'art. 35.

63. A l'égard de la seconde question, lorsque les parties ne se sont pas expliquées sur le temps auquel les assureurs devoient commencer, et sur celui auquel ils devoient cesser d'être chargés des risques, l'ordonnance, *titre des Assurances, art.* 5, veut qu'on suive à cet égard, pour les contrats d'assurance, ce qu'elle a réglé pour les contrats de prêt à la grosse aventure, en l'article 13 du titre précédent. Suivant cet article, le temps des risques à l'égard du vaisseau, agrès, apparaux et victuailles, commence à courir depuis qu'il a mis à la voile, et dure jusqu'à ce qu'il soit ancré au port de sa destination, et amarré au quai.

A l'égard des marchandises, le temps des risques com-

mence aussitôt qu'elles ont été chargées dans le vaisseau, ou dans des gabarres pour les y porter, et dure jusqu'à ce qu'elles soient délivrées à terre, sur le quai, au lieu de leur destination.

Ce qui est dit, que le temps du risque pour les marchandises ne commence à courir que depuis qu'elles ont été chargées sur le vaisseau, a lieu non seulement à l'égard de celles qui sont chargées au port du lieu du départ du vaisseau, mais aussi à l'égard de celles qui doivent être chargées dans les ports des différentes *échelles* où il est dit que le vaisseau doit relâcher. Les assureurs qui les ont assurées avec celles qui ont été chargées lors du départ, ne commencent pareillement à en courir les risques que depuis qu'elles ont été chargés. Tant qu'elles sont encore à terre, quoique destinées pour y être chargées, et quoique le vaisseau soit au port pour les y prendre, elles ne sont pas encore aux risques des assureurs.

On m'a fait part d'une espèce qui s'est présentée depuis peu à l'amirauté du palais, où il étoit question de savoir quand le risque devoit être réputé fini. La voici : Le sieur Huguet de Semonville, qui avoit donné à la grosse 2,000 liv. piastres, estimées 8,000 liv., sur un vaisseau arrivé à Buenos-Ayres, à la fin de l'année 1751, en fit assurer le 21 mars 1753, à la deuxième chambre des assurances de Paris, les retours, soit en matière d'or ou d'argent, denrées ou fruits, sur un ou plusieurs navires, depuis leur chargement à Buenos-Ayres jusqu'à leur arrivée à Cadix ou autre port d'Espagne. Le 6 février 1755, il fit déclaration qu'il lui étoit arrivé une partie de ses retours, pour une somme de 740 liv. : le 25 mars suivant, autre déclaration pour une somme de 745 liv. 15 sous : depuis ce temps, plus de nouvelles. Au mois de décembre 1764, les assureurs firent assigner le sieur Huguet, pour voir déclarer les risques finis ; le sieur Huguet soutint qu'il avoit encore une partie de ses retours à attendre ; que les assureurs devoient être chargés du risque de ses retours, ni la police d'assurance, ni aucune loi n'ayant limité le temps

pendant lequel ils en seroient chargés. Néanmoins, par sentence de l'amirauté, du 19 mai 1765, on a déclaré le temps des risques fini ; et le sieur Huguet, qui en avoit interjeté appel, *melius consultus*, s'en est désisté. Pareille sentence est intervenue au mois de septembre suivant, dans une espèce semblable. Les motifs de ces sentences, dont un des juges a eu la bonté de me faire part, ont été, que si le temps que doivent durer les risques des retours qu'on fait assurer, n'étoit pas limité *arbitrio judicis*, les assureurs seroient exposés à être trompés tous les jours; car la rentrée de ces retours étant le plus souvent inconnue aux assureurs, un négociant de mauvaise foi, après avoir reçu en entier les retours qu'il a fait assurer, pourroit, long-temps après, faire valoir l'assurance sur des marchandises qu'il auroit perdues, en disant, contre la vérité, qu'elles font partie des retours qu'il a fait assurer.

§. III. Quelles sont les pertes et dommages dont les assureurs ne sont pas tenus.

64. Première Règle. « Les assureurs ne sont pas tenus « des pertes et des dommages arrivés par la faute des maî- « tres et mariniers. »

C'est la disposition de l'article 28. Les risques des pertes et dommages dont les assureurs se chargent par la nature du contrat d'assurance, sont les risques des pertes et dommages qui peuvent arriver par *fortunes de mer*, c'est-à-dire, par quelque cas de force majeure à laquelle on ne peut résister, *vis divina*. Il est évident que l'impéritie, ou le défaut de soin et d'attention du maître et des mariniers, ne peuvent être compris sous le nom de *force majeure*, et qu'au contraire ce sont choses opposées à la force majeure. Les assureurs ne sont donc pas tenus, par la nature du contrat d'assurance, des pertes et dommages qui arrivent par la faute de ces personnes. Les marchands dont les marchandises ont été endommagées, ne peuvent donc en ce cas se pourvoir contre les assureurs; mais ils ont l'action *ex conducto* contre le maître ou patron avec qui

ils ont contracté pour le transport de leurs marchandises, et l'action *exercitoria* contre l'armateur qui l'a préposé. Cet armateur a, de son côté, une pareille action contre le maître qui s'est chargé de la conduite de son vaisseau.

L'article 4 du *titre des avaries* rapporte des exemples de dommages causés par la faute du maître; savoir, lorsque les marchandises ont été endommagées, pour n'avoir pas bien fermé les écoutilles, amarré le vaisseau, fourni de bons guindages et cordages. On peut en apporter une infinité d'autres exemples.

65. Quoique les assureurs ne soient pas, par la nature du contrat d'assurance, tenus de ces pertes et dommages, ils peuvent en être tenus par une clause particulière. C'est pourquoi l'article 28, après avoir dit que les assureurs ne sont pas tenus *des pertes et dommages arrivés..... par faute des maîtres et mariniers*, ajoute : *si par la police ils ne sont chargés de la baratterie du patron.*

Ces termes de *baratterie du patron* comprennent toutes les espèces, tant de dol que de simple imprudence, défaut de soin et impéritie, tant du patron que des gens de l'équipage; *voyez l'arrêt du 26 mars 1762, rapporté au troisième tome du Journal des Audiences.*

L'assureur qui s'est chargé, envers les marchands, de ces pertes et dommages, et qui en conséquence les en a indemnisés, est de plein droit subrogé aux actions desdits marchands, tant contre le maître que contre l'armateur.

L'assureur peut faire cette convention, non seulement avec les marchands, mais même avec l'armateur, pourvu néanmoins que l'armateur ne monte pas lui-même son vaisseau; car il est évident que je ne puis pas valablement convenir avec quelqu'un qu'il se chargera des fautes que je commettrai : ce seroit une convention qui inviteroit *ad delinquendum.* Mais quand même le patron seroit le fils de l'armateur, l'armateur peut valablement convenir que l'assureur sera chargé de la *baratterie du patron*, de même que si le patron étoit un étranger.

66. Seconde Règle. « Les déchets, diminutions et pertes

« qui arrivent par le vice propre de la chose, ne tombent « point sur les assureurs. »

C'est la disposition de l'article 29. La raison est, qu'on entend par *cas fortuits* et *force majeure* (qui sont les choses dont les assureurs se chargent), les accidents extraordinaires, et non ce qui arrive naturellement.

Suivant cette règle, les assureurs ne sont pas tenus de la diminution qui arrive dans les marchandises par le coulage auquel elles sont naturellement sujettes.

Mais si une tempête avoit occasioné un coulage beaucoup plus considérable que le coulage ordinaire, les assureurs seroient tenus de faire raison de ce coulage, sous la déduction de ce à quoi on arbitrera que peut monter le coulage ordinaire, pourvu néanmoins que les assurés aient fait, par la police, une déclaration de leurs marchandises sujettes à coulage, comme nous le verrons *infrà*.

Suivant cette règle, si le navire dont les assureurs ont assuré à l'armateur le voyage et le retour, se trouve hors d'état de revenir, par vétusté et pourriture, les assureurs ne seront pas tenus de cette perte. Il en seroit autrement, si c'etoit par des coups de mer, ou par quelque autre accident, qu'il eût été mis hors d'état de servir.

Suivant la même règle, si des voiles ou des câbles sont usés de vétusté, l'assureur n'en est pas tenu; au lieu qu'il en seroit tenu, si c'étoit la violence des coups de vent qui en eût causé la rupture.

Suivant la même règle, lorsque des animaux ou des nègres sont morts de leur mort naturelle, ou même lorsque des nègres, par désespoir, se sont donné la mort, l'assureur n'en est pas tenu; car ce sont pertes arrivées par la nature ou le vice de la chose, ou quelquefois par la négligence du maître, qui ne peut être imputée à l'assureur, s'il ne s'en est chargé expressément. Autre chose seroit s'ils étoient noyés dans une tempête, ou tués dans un combat.

67. Troisième Règle. « Les assureurs ne sont tenus des « pilotages, touages, lamanages, des droits de congé,

« visite, rapports et d'ancrage, ni de tous autres imposés « sur les navires et marchandises. » C'est la disposition de l'article 30.

Pilotage, est le droit que les maîtres des navires paient au pilote *côtier* dont ils se servent pour entrer dans les ports ou en sortir avec sûreté, et pour éviter les dangers qui se trouvent sur les côtes; *Guidon de la mer, chap.* 5.

Touage, c'est ce qu'on paie aux haleurs qui halent les navires dans les rivières, pour les conduire au fil de l'eau; *ibid.*

Lamanage, c'est ce qu'on paie aux lamaneurs. On appelle *lamaneurs*, les conducteurs des petites barques qui viennent au devant des navires, avec des instruments propres à les haler et à en diriger la marche, lorsqu'ils entrent dans un port ou dans une rivière; *ibid.*

Ces frais de *pilotage*, *touage* et *lamanage*, étant des frais ordinaires du voyage, ne peuvent concerner les assureurs, qui ne se chargent que des accidents extraordinaires.

Mais si c'étoit quelque accident extraordinaire qui eût donné lieu à ces frais; comme si un navire, à l'occasion d'une tempête, ou étant poursuivi par des corsaires, avoit été obligé de relâcher dans un port, où il n'auroit pas relâché sans cela, les frais de *pilotage*, *touage* et *lamanage*, faits pour entrer dans ce port et pour en sortir, seroient-ils en ce cas à la charge des assureurs?

Un jurisconsulte dont je respecte les lumières, pense que les assureurs, même en ce cas, n'en sont pas tenus, non seulement parceque l'article 30 décharge indistinctement les assureurs, de ces frais, mais encore parceque les assureurs ne sont chargés que *des pertes*, et que ces frais sont des frais de conservation, plutôt que des pertes. Pour l'opinion contraire on peut dire, que lorsque c'est un accident extraordinaire de force majeure qui a obligé le vaisseau à relâcher dans un port où il n'auroit pas relâché sans cela, et qui a en conséquence donné lieu à ces frais, ces frais sont en ce cas une vraie perte pour l'assuré, qui lui est causée par une fortune de mer qui a donné lieu à ces frais. L'ordonnance,

art. 26, ayant chargé, dans les termes les plus généraux, les assureurs de toutes les pertes causées par fortune de mer, ils doivent être chargés de celle-ci; et en conséquence, l'article 30, qui décharge les assureurs des frais de *lamanage, etc.*, ne doit s'entendre que du cas auquel ces frais sont frais ordinaires. M. Vaslin tient cette seconde opinion.

Droit de congé, c'est-à-dire, du passe-port que le maître doit prendre de M. l'amiral pour chaque voyage.

De visite, sont ceux attribués aux officiers de l'amirauté pour la visite des navires.

De rapports, sont ceux des déclarations que le maître doit faire à l'amirauté, soit à son arrivée, soit en cas de relâche, dans chaque port.

D'ancrage, sont ceux qui sont dus à l'amiral pour la permission de mettre le navire à l'ancre dans chaque port ou rivière.

Ni de tous autres droits sur les navires et marchandises, tels que sont les droits pour l'amarrage du navire sur le quai, les droits d'entrée et de sortie des marchandises, etc.

Tous ces droits, de même que ceux de *pilotage* et *lamanage*, sont des frais ordinaires de voyage, qui ne peuvent concerner les assureurs, si ce n'est peut-être dans le cas où quelque accident extraordinaire y auroit donné lieu, comme il a été dit ci-dessus.

68. Quatrième Règle. « Les assureurs ne sont pas tenus « des risques, lorsqu'on s'est écarté de ce qui est porté « par la police, si ce n'est de leur consentement, ou en cas « de nécessité. »

Un premier exemple de cette règle est lorsque les marchandises assurées, qui devoient être chargés sur un certain vaisseau dénommé par la police d'assurance, ont été chargées sur un autre vaisseau.

Finge. Il est dit par la police d'assurance, que les assureurs m'ont assuré certaines marchandises de valeur de 15,000 liv., qui devoient être chargées sur le vaisseau *le*

Saint-Joseph; plus d'autres marchandises de pareille valeur de 15,000 liv., qui devoient être chargées sur le vaisseau *le Triton;* plus, d'autres marchandises de pareille valeur de 15,000 liv., qui devoient être chargées sur le vaisseau *la Sirène;* toutes lesquelles sommes montent à celle de 45,000 liv. Si ces marchandises ont été toutes chargées sur le vaisseau *le Saint-Joseph*, les assureurs ne courent pas les risques de la somme entière de 45,000 l. qu'ils ont assurée : ils ne courent les risques que de celle de 15,000 l., valeur des marchandises qui devoient, aux termes de la police d'assurance, être chargées sur *le Saint-Joseph*, sur lequel elles ont été chargées, et à l'égard desquelles on ne s'est pas écarté de ce qui étoit porté par la police. Mais ils ne courent pas les risques des trente autres mille livres, valeur des autres marchandises, à l'égard desquelles on s'est écarté de ce qui étoit porté par la police, en les chargeant sur *le Saint-Joseph*, au lieu qu'elles devoient l'être sur *le Triton* et sur *la Sirène.*

Le contrat d'assurance n'ayant pas, au moyen de cela, eu son exécution à l'égard des deux tiers des effets assurés, les assureurs rendront les deux tiers de la *prime*, à la réserve néanmoins du demi pour cent qu'ils doivent avoir par forme de dommages et intérêts de l'inexécution du contrat.

Tout ce que nous venons de dire résulte de l'*art.* 32 du *titre des Assurances.*

69. Si les vaisseaux *le Triton* et *la Sirène* sont péris, de même que *le Saint-Joseph*, les marchands pourront-ils prétendre que les assureurs doivent porter la perte des marchandises qui y devoient être chargées, et qu'ils ne sont pas recevables à se plaindre de ce qu'elles l'ont été sur un autre vaisseau, puisque quand elles auroient été chargées sur *le Triton* et *la Sirène*, sur lesquels elles devoient l'être, elles seroient également péries? Non; car le contrat d'assurance a été résolu de plein droit à l'égard de ces marchandises, aussitôt qu'on s'est écarté de la loi du contrat, en les chargeant sur un autre vaisseau que celui sur lequel

elles devoient être chargées : c'est pourquoi le sort de ces vaisseaux est devenu indifférent.

70. Lorsque c'est du consentement des assureurs que s'est fait le changement de vaisseau, il n'est pas douteux que le contrat d'assurance doit subsister, et que les assureurs sont tenus des risques de ce vaisseau, sur lequel ils ont consenti que les marchandises fussent chargées.

Pareillement, lorsque c'est par un cas de nécessité, dans le cours du voyage, que les marchandises ont été chargées sur un autre vaisseau, celui sur lequel elles étoient chargées s'étant trouvé hors d'état de servir, soit par un accident de mer, soit même par vétusté, le contrat d'assurance continuera de subsister, et les assureurs continueront d'être tenus des risques des marchandises qu'on a été obligé de charger sur un autre vaisseau.

71. Mais si c'est hors le cas de nécessité que le changement de vaisseau s'est fait durant le cours du voyage, de l'ordre seul de l'assuré, sans le consentement des assureurs, les assureurs seront déchargés des risques ; et même en ce cas, ils ne sont pas obligés de rendre la *prime*, parceque le contrat ayant eu son exécution jusqu'à ce changement, et les assureurs ayant commencé de courir les risques, la *prime* leur a été acquise. C'est ce qui résulte de l'*art.* 27.

72. Un second exemple de notre règle, est le changement de voyage ou de route. Les assureurs se chargent des risques durant le voyage mentionné par la police. Si le vaisseau fait un autre voyage, les risques, durant ce voyage, qui n'est point celui mentionné par la police, ne regardent pas les assureurs; ces risques ne sont pas ceux dont ils se sont chargés.

C'est pourquoi si l'assuré, sans le consentement des assureurs, envoie son vaisseau en un lieu plus éloigné que celui porté par la police, les assureurs, aussitôt que le vaisseau est arrivé à la hauteur du lieu porté par la police, sont déchargés des risques, et la *prime* leur est acquise. C'est la décision de l'*art.* 36.

73. Le simple changement de route, lorsqu'il est fait

sans le consentement des assureurs, et sans nécessité, suffit pour décharger des risques les assureurs.

C'est pourquoi, lorsque l'assurance est faite pour un voyage que le vaisseau doit faire à tel lieu, par telle route; si le vaisseau, sans nécessité, change de route, quoique pour aller au même lieu, les assureurs ne seront pas tenus des risques que courra le vaisseau dans ce changement de route, suivant l'*art.* 27.

Il en seroit autrement si ce changement de route s'étoit fait par nécessité, *putà*, pour éviter des corsaires. C'est alors le cas de l'*art.* 26; voyez *ci-dessus.*

74. Lorsque par la police il y a une clause, qu'il sera permis au maître du vaisseau *de naviguer à droite et à gauche, de faire échelles, aller et revenir;* cette clause permet bien à l'assuré de se détourner de la route, pour toucher à quelque port étant à droite ou à gauche, pour y décharger des marchandises, et en charger d'autres à la place, qui tiendront lieu de remplacement de celles qui auront été déchargées; d'aller et revenir d'un port à l'autre, même en rétrogradant, de manière que le navire revienne à sa route, pour se rendre à la destination exprimée par la police; mais elle ne lui permet pas de changer entièrement de voyage; c'est pourquoi, nonobstant cette clause, les assureurs seroient déchargés, s'il faisoit un autre voyage.

ARTICLE III.

Des autres choses qui sont de l'essence du contrat d'assurance.

I. De la somme que les assureurs s'obligent de payer, en cas de perte des choses assurées.

75. Il est de l'essence du contrat d'assurance, qu'il y ait une somme que les assureurs s'obligent de payer en cas de perte des choses assurées.

Cette somme est ordinairement fixée par la police d'assurance. Cette fixation n'est pas néanmoins de l'essence du contrat; et les assureurs pourroient s'obliger à payer, en

cas de perte des choses assurées, le prix qu'elles valoient, suivant l'estimation qui en seroit faite.

76. Cette somme ne doit pas excéder la véritable valeur des choses assurées; ce qui est une suite d'un principe que nous avons déjà rapporté, qu'on ne peut faire assurer qu'autant qu'on risque de perdre. C'est pourquoi si les marchandises sont de valeur de 10,000 liv.; comme je ne puis courir risque, en les perdant, que de perdre 10,000 liv., je ne puis les faire assurer pour une plus grande somme.

Lorsqu'on a fait assurer des choses pour une somme qui excède leur valeur, il faut distinguer si celui qui les a fait assurer, l'a fait sciemment, ayant connoissance de leur valeur; ou s'il l'a fait sans fraude, dans l'ignorance où il étoit de leur valeur.

Au premier cas, l'ordonnance prononce la peine de la nullité de l'assurance, et de la confiscation des marchandises. C'est de ce cas qu'on doit entendre l'article 22, qui dit : « Défendons de faire assurer des effets au-delà de « leur juste valeur, par une ou plusieurs polices, à peine « de nullité de l'assurance, et de confiscation des mar- « chandises. »

Si un marchand qui avoit sur un vaisseau des marchandises de la valeur de 45,000 liv., les a fait assurer par un premier contrat, jusqu'à la concurrence de 15,000 liv.; par un second, jusqu'à la concurrence de 20,000 liv. : si en outre il a fait assurer par un troisième contrat ce qui lui restoit à assurer, qu'il a déclaré être de la valeur de 30,000 liv.; les deux premiers contrats doivent subsister, étant faits pour des sommes qui n'excèdent pas la valeur des effets assurés : il n'y a que le troisième qui est nul, étant fait pour une somme de 30,000 liv., pendant que ce qui restoit à assurer, ne montoit qu'à 10,000 liv. : et pareillement la confiscation ne doit avoir lieu en ce cas que jusqu'à concurrence de cette somme de 10,000 livres.

77. Au second cas, lorsqu'un marchand a fait assurer ses marchandises pour une somme au-dessus de leur valeur, sans fraude, et dans l'ignorance où il étoit de leur valeur,

l'assurance n'est pas entièrement nulle; elle est seulement réductible à la somme de la véritable valeur des effets assurés.

C'est ce qui est décidé par l'art. 23. Il y est dit : « Si toutefois il se trouve une police faite sans fraude, qui « excède la valeur des effets chargés, elle subsistera jus- « qu'à concurrence de leur estimation; et en cas de perte, « les assureurs en seront tenus chacun à proportion des « sommes par eux assurées, comme aussi de rendre la « *prime* du surplus, à la réserve du demi pour cent. »

Finge. Un marchand qui avoit un vaisseau ou chargement qui n'étoit que de valeur de 45,000 liv., l'a fait de bonne foi, par un même contrat, assurer pour une somme de 60,000 liv. par trois assureurs, dont un a promis d'en payer moitié, et les deux autres chacun un quart. Par l'estimation qui a été faite depuis le contrat, les marchandises ne s'étant trouvées monter qu'à la somme de 45,000 liv., et le vaisseau étant péri, l'assurance sera réduite à la somme de 45,000 liv., qui sera payée pour moitié par celui des assureurs qui avoit assuré pour moitié, et par les deux autres pour chacun un quart; et comme l'assurance se trouve réduite aux trois quarts de la somme assurée, les assureurs ne retiendront que les trois quarts de la *prime*, et rendront l'autre quart, sous la réserve néanmoins de demi pour cent de la somme de 15,000 liv., qui a été retranchée de l'assurance.

Si le marchand a fait assurer son chargement par plusieurs contrats ou polices; savoir : par une première police, pour 15,000 liv.; par une seconde, pour 20,000 liv.; et enfin par une troisième, pour 25,000 liv., lesquelles trois sommes font celle de 60,000 liv.; et que par l'estimation les choses assurées se trouvent être seulement de la valeur de 45,000 liv.; les deux premières polices subsisteront en leur entier. Il n'y a que la troisième qui souffrira réduction des trois cinquièmes, ayant été faite pour 25,000 liv., au lieu de la somme de 10,000 liv., pour laquelle seulement elle peut valoir, la valeur de ce qui restoit à assurer

ne montant qu'à cette somme. Il n'y aura, par la même raison, que la prime de cette troisième police qui souffrira une réduction des trois cinquièmes. C'est ce qui résulte de l'*art.* 25.

C'est pourquoi, dans cette espèce, en cas de cette perte totale des effets assurés, le premier assureur paiera la somme entière de 15,000 liv. de son assurance; le second, la somme entière de 20,000 liv. de la sienne, lesquelles deux sommes font 35,000 liv. : le troisième ne sera tenu de payer que celle de 10,000 liv., à quoi monte le restant de la valeur des effets assurés.

Si la perte n'a été que d'une partie des effets assurés, comme de la moitié ou du tiers, elle sera portée *au marc la livre* par les trois assureurs; c'est-à-dire que le premier paiera à l'assuré la moitié ou le tiers des 15,000 liv., montant de son assurance; le second, la moitié ou le tiers des 20,000 liv; et le troisième, la moitié ou le tiers de la somme de 10,000 liv., à laquelle a été réduite son assurance. C'est ce qui résulte de l'art. 25.

78. Celui qui a fait assurer ses effets pour une somme au-delà de leur valeur, est (dans le doute) présumé l'avoir fait de bonne foi, et par ignorance; car la fraude ne se présume pas : c'est aux assureurs, lorsqu'ils l'allèguent, et qu'ils demandent en conséquence la nullité de l'assurance, à la justifier.

79. Lorsque le chargement a été assuré pour une somme au-dessous de sa valeur, et que cette assurance a été faite indéterminément, les risques se partagent entre l'assureur, au prorata de la somme qu'il a assurée, et l'assuré pour le surplus.

Par exemple, j'ai fait assurer une somme de 45,000 liv. dans un chargement que j'ai, qui est de valeur de 60,000 liv. S'il arrive une perte de 2,000 liv., l'assureur en portera les trois quarts, et moi le quart : car l'assurance n'ayant pas été faite sur certains effets déterminés du chargement, mais indéterminément, il n'y a aucune raison pour attribuer la perte de ceux qui sont péris, à l'un de

nous plutôt qu'à l'autre, à la partie assurée plutôt qu'à celle qui restoit à assurer.

80. *Quid*, si, avant que cette perte fût assurée, durant le cours du voyage, j'avois retiré du vaisseau des effets pour les 15,000 liv. qui restoient à assurer, et que je n'en eusse laissé que pour la somme de 45,000 liv. qui est assurée; l'assureur en courroit-il seul les risques? Il n'y a pas lieu à la question dans le cas de la perte totale du chargement : il est, dans ce cas, indifférent à l'assureur que l'assuré ait retiré, ou non, la partie du chargement qui n'est pas assurée, puisque, dans le cas d'une perte totale, soit qu'il l'eût retirée, soit qu'il ne l'eût pas retirée, l'assureur devroit toujours la même somme de 45,000 liv. Il y a lieu à la question dans le cas des pertes particulières et avaries : l'assureur a intérêt, pour ne les pas supporter seul, que la partie non assurée reste dans le vaisseau, afin de partager ces pertes et avaries avec l'assuré, ou avec un second assureur à qui l'assuré auroit fait assurer cette partie qui restoit à assurer.

Cet intérêt qu'a l'assureur que la partie qu'il n'a pas assurée, reste dans le vaisseau, lui fournit-il un moyen suffisant pour soutenir que dans le cas auquel l'assuré l'a retirée du vaisseau, il ne doit supporter les pertes et avaries survenues depuis, que pour la même part qu'il les auroit supportées, si cette partie n'eût pas été retirée? Vaslin, sur l'*art.* 36, tient la négative. La raison est, que ce n'est qu'*ex accidenti* que l'assureur eût partagé les pertes et avaries avec l'assuré, si la partie qu'il n'a pas assurée fût restée dans le navire : l'assuré ne s'est pas obligé envers lui de l'y laisser, et il ne s'est pas interdit la faculté de débiter partie de ses marchandises, dans le cours de son voyage, dans les ports où le navire relâcheroit. L'assureur n'est donc pas fondé à refuser de porter seul les pertes et avaries survenues depuis, lorsqu'il n'y avoit plus dans le vaisseau que la partie assurée. J'ai néanmoins entendu faire à cet égard une distinction qui m'a paru assez plausible. Lorsque c'est dans le cours du voyage, et pour l'intérêt de

son commerce, que l'assuré a retiré une partie de ses marchandises, pour les débiter dans les ports où le navire relâchoit, l'assureur ne peut pas s'en plaindre, et la décision de M. Vaslin doit avoir lieu. Mais si le navire étant près d'arriver au port de sa destination, l'assuré avoit fait décharger une partie de ses marchandises, dans la vue uniquement de soustraire au danger des avaries qu'il y avoit lieu de craindre, la partie non assurée, et de faire tomber en entier ces avaries sur la partie assurée; en ce cas on pourroit dire que l'assureur ne doit porter dans l'avarie que la même part qu'il eût portée, si la partie qui a été retirée fût restée dans le navire, l'assuré n'ayant pas dû préférer son intérêt à celui de l'assureur.

§. II. De la prime.

81. La quatrième chose qui est de l'essence du contrat d'assurance, est qu'il y ait quelque chose que l'assuré donne ou s'oblige de donner à l'assureur pour le prix des risques dont il le charge. C'est ce qui s'appelle dans le contrat d'assurance maritime, *la prime d'assurance.*

Elle est appelée *prime*, parcequ'elle se payoit *primò* et avant tout, même avant que le départ du vaisseau eût fait commencer les risques. C'est ce qui est porté par l'*art.* 6 *du titre des Assurances*, où il est dit : *La prime ou coût de l'assurance sera payée en son entier lors de la signature de la police.*

Néanmoins depuis, l'usage a prévalu de ne la plus payer comptant; on la paie ordinairement en un billet qu'on appelle *billet de prime*, payable à une certaine échéance.

Il est d'usage que cette *prime* consiste en une somme d'argent, dont les parties conviennent entre elles, à raison de tant pour cent de la somme assurée.

Quelquefois on convient d'une somme pour chacun mois que durera le voyage, et quelquefois d'une seule somme pour le temps du voyage.

Quelquefois, lorsqu'on fait assurer tant pour le voyage que pour le retour, on convient d'une somme pour le voyage,

et d'une autre pour le retour. Quelquefois on convient d'une même somme, tant pour le voyage que pour le retour, ce qui s'appelle une *prime liée*, c'est-à-dire, qui lie et réunit en une, celle pour l'aller et celle pour le retour.

82. La *prime*, pour être équitable, doit être le juste prix des risques dont l'assureur se charge par le contrat : mais comme il n'est pas facile de déterminer quel est ce juste prix, on doit donner à ce juste prix une très-grande étendue, et réputer pour juste prix celui dont les parties sont convenues entre elles, sans que l'une des parties puisse être écoutée à alléguer à cet égard la lésion.

83. La *prime* étant le prix des risques dont l'assureur se charge, il est évident qu'elle doit être plus ou moins considérable, suivant qu'il y a plus ou moins de risques dont l'assureur se charge, et suivant qu'ils doivent durer plus ou moins long-temps.

C'est pourquoi, comme les assureurs courent beaucoup plus de risques en temps de guerre qu'en temps de paix, la *prime* dont on convient en temps de guerre, est beaucoup plus considérable que celle dont on convient en temps de paix.

Mais lorsque le contrat a été fait en temps de paix, pour une *prime* très-modique, sans aucune clause d'augmentation de *prime* en cas de survenance de guerre, les assureurs sont-ils fondés, la guerre étant survenue, à demander une augmentation de *prime?* Cette question a été très-souvent agitée dans les différents parlements, au commencement de la dernière guerre. Les raisons pour refuser l'augmentation de *prime* étoient, que dans tous les contrats on n'a égard qu'au prix que la chose qui en étoit l'objet, valoit au temps du contrat, et non à celui qu'elle a valu depuis. Par exemple, dans un contrat de vente, lorsque j'ai acheté une chose pour le prix qu'elle valoit au temps du contrat, quoique, par des circonstances imprévues, le prix de cette chose soit triplé, ou même décuplé depuis le contrat, le vendeur n'est pas fondé à me demander aucune augmentation de prix : de même dans un contrat d'assurance fait

en temps de paix, l'assureur s'étant chargé, pour le prix convenu alors, de tous les risques auxquels mes effets pouvoient être exposés, dans lesquels sont compris, suivant l'article 26, ceux auxquels le cas de la survenance d'une déclaration de guerre pourroit les exposer, quoique le prix des risques de la guerre soit, depuis le contrat, considérablement augmenté, au moyen de ce que la guerre est devenue certaine, il semble que l'assureur n'est pas pour cela fondé à demander une augmentation; parceque ces risques de la guerre, dont il est chargé par le contrat, ne doivent pas s'estimer eu égard au prix qu'ils valent depuis le contrat, ni dans un temps auquel la guerre est devenue certaine, mais seulement eu égard au prix que ces risques valoient au temps du contrat, dans le temps auquel la guerre étoit un évènement incertain et inattendu. En conséquence de ces principes, les assureurs anglois, qui, avant les hostilités, avoient assuré pour une *prime* modique plusieurs de nos navires, et plusieurs effets de nos commerçants, ne firent aucune difficulté de payer le prix de leur assurance pour les navires et effets qui depuis les hostilités furent pris par les corsaires de leur nation, et ils ne demandèrent aucune augmentation de *prime*. C'est ce qui m'a été certifié par un commerçant du Havre. Nonobstant ces raisons, l'amirauté du palais s'est déterminée à accorder aux assureurs une augmentation de *prime*, proportionnée à l'augmentation des risques causés par la guerre, quoique les polices faites en temps de paix fussent pures et simples; et les sentences de ce siége ont été sur ce point confirmées par arrêt, toutes les fois qu'il y en a eu appel. Les raisons sur lesquelles on s'est fondé sont évidentes. Il étoit d'une nécessité absolue et indispensable, pour l'intérêt du commerce maritime, de prévenir et d'empêcher la ruine des assureurs et des chambres d'assurance, qui auroit été infaillible, si on ne leur eût pas accordé cette augmentation de *prime*. Ces assureurs, dans la sécurité que leur donnoit la paix, ayant assuré purement et simplement, et pour des *primes* très-modiques, un grand nom-

bre de navires et d'effets, les prises, que la guerre ne pouvoit manquer de rendre très-fréquentes, les auroient infailliblement ruinés, si on ne leur eût accordé, par une augmentation de *prime*, un dédommagement, qu'ils ne pouvoient pas trouver dans la modicité des *primes* portées par leurs polices d'assurance. Ce cas est un de ceux dans lesquels on doit s'écarter de la rigueur des principes : *Æquitas juris scrupulositati præponderare debet.*

84. Les hostilités que commirent les Anglois avant la déclaration de la dernière guerre, donnèrent lieu à une autre question. On sait que ces hostilités commencèrent le 8 juin 1755, par la prise des vaisseaux du roi, le *Lys* et l'*Alcide;* qu'elles continuèrent depuis, et que la guerre ne fut déclarée qu'au mois de juin 1756. La question étoit de savoir si ces hostilités avoient pu, avant la déclaration de guerre, donner lieu à l'augmentation de *prime*, qui étoit stipulée par les polices en ces termes : *En cas de guerre;* ou même en ces termes : *En cas de déclaration de guerre.* La raison de douter étoit, qu'il n'y a proprement de guerre, ni même d'hostilités proprement dites, que lorsqu'elles ont été précédées d'une déclaration solennelle de guerre : sans cela, ce sont pures violences et voies de fait; ce sont *pirateries*, dont les assureurs sont toujours garants : *Hostes sunt quibus bellum publicè populus romanus decrevit, vel ipsi populo romano;* l. 24, ff. *de capt. et postlim.*

La raison de décider que le cas de ces hostilités devoit être censé renfermé dans ces clauses, est que la déclaration de guerre est requise, à la vérité, pour rendre les hostilités légitimes selon le droit des gens : mais qu'elles aient été légitimes ou non, précédées ou non d'une déclaration de guerre, elles n'en étoient pas moins, dans le fait, des hostilités. Or le cas qu'ont eu en vue les contractants, dans la clause d'augmentation de prime, *en cas de guerre*, est le seul fait d'hostilités qui se commettent en guerre, et non leur légitimité, étant chose fort indifférente par rapport au contrat d'assurance, que ces hostilités se commettent d'une façon régulière ou irrégulière. Ces hostilités sont, dans

l'intention des contractants, un commencement de guerre; et par conséquent sont renfermées dans la clause *en cas de guerre.* Elles le sont même dans la clause *en cas de déclaration de guerre;* car ces hostilités sont, dans le fait, une déclaration de guerre, et celles que les parties contractantes avoient en vue.

C'est ce qui a été jugé par un grand nombre d'arrêts, et entre autres par un arrêt de la première chambre des enquêtes, confirmatif d'une sentence de l'amirauté du palais du 16 mars 1761, au profit de la première chambre des assurances de Paris, contre le sieur Pascaud, député du commerce de la Rochelle. Ce particulier avoit fait assurer des marchandises sur quatre vaisseaux différents : il y avoit clause par les polices, qu'*en cas de déclaration de guerre,* la prime seroit augmentée au cours de la place.

Les vaisseaux sur lesquels étoient les marchandises assurées, s'étoient trouvés en mer le 8 juin 1755, jour auquel les hostilités avoient commencé; et ils étoient tous arrivés heureusement à leur destination avant la déclaration de guerre; savoir, l'un dès le 21 juin 1755, les autres le 12 juillet, le 15 août et le 17 septembre de la même année. Il fut jugé par cet arrêt, que les hostilités commencées le 8 juin avoient donné lieu à l'augmentation de *prime,* stipulée par les polices d'assurance, et on l'a fixée à 25, 30 et 35 pour cent, selon les différents risques auxquels avoient été exposés les différents vaisseaux sur lesquels étoient les marchandises assurées. Le magistrat au rapport de qui a été rendue la sentence confirmée par l'arrêt, a eu la bonté de me communiquer tout ce détail.

85. *Quid,* si la police qui contient une clause d'augmentation de *prime* en cas de déclaration de guerre, n'avoit été faite que depuis le commencement des hostilités, pourroit-on dire que le cas d'une condition devant être un cas futur, le cas de cette clause ne pouvoit être entendu que du cas d'une solennelle déclaration de guerre, et non pas du simple fait des hostilités, puisqu'ayant été commencées dès avant la date de la police, elles n'étoient pas un cas

futur, et ne pouvoient par conséquent être le cas de la condition? On a jugé que même dans ce cas, la clause d'augmentation de prime *en cas de déclaration de guerre*, ne devoit pas être entendue du cas d'une solennelle déclaration, qui est une chose indifférente aux parties contractantes, mais du cas de la continuation des hostilités. Ce cas étoit un cas futur et incertain, qui a pu être l'objet de la clause, parcequ'au temps de la police, on pouvoit encore espérer que les puissances s'arrangeroient, et que les hostilités ne continueroient pas. C'est ce qui a été jugé par arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, le 9 août 1756, au profit de la deuxième compagnie d'assurance de Paris, contre le sieur des-Aunois, négociant à Dunkerque. La police d'assurance étoit du 23 juillet 1755, et par conséquent depuis les hostilités commencées : on y avoit stipulé une *prime* de paix de quatre pour cent, et une de vingt-cinq pour cent, en cas de déclaration de guerre. Le vaisseau fut pris le 18 septembre 1755, par conséquent avant la déclaration de guerre, qui ne se fit qu'en 1756 : le sieur des-Aunois ne laissa pas d'être condamné au paiement de la *prime* de vingt-cinq pour cent, stipulée *en cas de déclaration de guerre.*

86. Il nous reste la question de savoir, si lorsque la police a été faite en temps de guerre, le retour d'une paix imprévue doit donner lieu à une diminution de la *prime.* Les raisons que nous avons rapportées *suprà, n.* 83, pour refuser l'augmentation de *prime,* dans le cas de survenance de guerre, paroissent militer ici pour refuser la diminution de *prime* en cas de survenance de paix; et les raisons qui les contre-balançoient, et qui ont empêché qu'on n'y eût égard, ne paroissent pas militer de même ici.

Néanmoins à la paix de 1748, dont le retour fut très imprévu, le roi jugea à propos, par les arrêts du conseil du 16 janvier 1748 et du 26 janvier 1749, cités par *Vaslin*, d'ordonner une modération des *primes* des contrats faits durant la guerre.

Observez que cette modération de *prime* ne peut avoir

lieu qu'eu égard à ce qu'il restoit de risques à courir lors de la survenance de la paix, et qu'on ne peut refuser de payer aux assureurs les risques qu'ils ont courus pendant la guerre, sur le pied de la *prime* de guerre. Sur l'obligation de payer la *prime*, voyez *infrà, chap.* 3, *sect.* 2.

§. III. Du consentement.

87. Le consentement des parties contractantes, sur toutes les choses qui composent la substance du contrat, est de l'essence du contrat d'assurance, de même que de tous les autres contrats.

Il doit donc intervenir sur les choses qu'on fait assurer, qui font la matière du contrat; sur la somme pour laquelle on les fait assurer; sur les risques dont on charge l'assureur; sur la *prime*, qui est le prix de l'assurance.

CHAPITRE II.

Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance; et de la forme de ce contrat.

SECTION PREMIÈRE.

Des personnes entre lesquelles intervient le contrat d'assurance.

88. Il n'y a que les personnes capables de contracter, qui peuvent être parties en leur nom dans un contrat d'assurance; voyez notre *Traité des Obligations, part.* 1, *chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 4.

Les mineurs qui sont marchands de profession, étant capables de contracter pour les affaires de leur commerce, il n'est pas douteux qu'ils peuvent être parties dans un contrat d'assurance, pour faire assurer les effets de leur commerce.

Ils peuvent y être aussi parties comme assureurs, s'ils font le commerce d'assureurs.

89. Quoique le contrat d'assurance maritime soit un commerce, et que le commerce soit défendu aux ecclésiastiques par les canons, et aux officiers de judicature par les

ordonnances, les contrats d'assurance maritime que ces personnes auroient faits, soit pour faire assurer leurs marchandises, soit pour assurer celles des autres, ne laissent pas d'être valables. Ces personnes sont seulement, en ce cas, sujettes à des peines, comme de suspension de leurs priviléges, ou autres, pour leur contravention.

Ces personnes peuvent très-licitement faire assurer leurs propres effets qu'ils font revenir par mer des lieux où ils étoient ; et ils ne peuvent être censés, en faisant cela, faire aucun commerce.

90. A l'égard des nobles qui ne sont point officiers de judicature ni ecclésiastiques, ils peuvent licitement faire toutes sortes de contrats d'assurance, le commerce de mer leur étant permis par l'édit du mois d'août 1669.

91. L'article 68 du *titre des Assurances* fait défenses à tous greffiers de police (1), commis des chambres d'assurance, notaires (2), courtiers, censaux (3), de faire aucunes polices dans lesquelles ils soient intéressés directement ou indirectement, par eux-mêmes, ou par personnes interposées, et de prendre transport des droits des assurés.

La raison paroît être la même que celle pour laquelle il est défendu à tous commissionnaires en général, de faire le même genre de commerce pour lequel ils font la commission, afin d'obvier aux fraudes et aux infidélités qu'ils pourroient commettre, en saisissant pour eux les occasions favorables qui se présenteroient de marchés avantageux, au préjudice de ceux qui leur confient leurs intérêts.

L'ordonnance ne prononce pas la nullité des contrats d'assurance que ces personnes feroient contre sa défense ; elle ne prononce que la peine d'une amende de 500 liv. pour la première fois, et de destitution de leur état, en cas de récidive.

---

(1) C'étoient des officiers créés par édit de 1657, pour passer les polices d'assurance.

(2) Des villes où il y a des chambres d'assurance établies, qui passent et s'entremettent à faire passer des actes, ou polices d'assurance.

(3) Terme synonyme à celui de *courtier*, qui est usité en Provence.

L'ordonnance défend à ces personnes, non seulement de faire des contrats d'assurance, soit comme assureurs, soit comme assurés, par elles-mêmes, ou par personnes interposées; elle leur défend aussi de prendre transport des droits des assurés. La raison est, que ce transport forme une présomption que ceux dont elles se font transporter les droits, n'ont été que leurs prête-noms dans le contrat, et que le contrat a été fait pour leur compte, contre la défense de la loi.

92. Les contrats étant du droit des gens, on peut faire le contrat d'assurance maritime avec les étrangers, soit en leur faisant assurer nos effets, soit en assurant les leurs. C'est ce qui est porté par l'article premier *du titre des Assurances :* « Permettons à tous nos sujets, MÊME AUX « ÉTRANGERS, d'assurer et faire assurer dans l'étendue de « notre royaume, etc. »

Il sembleroit que ce contrat ne devroit pas pouvoir intervenir entre *ennemis*, puisque les déclarations de guerre portent interdiction de tout commerce. Néanmoins le contraire s'observe : car durant le cours de la dernière guerre, les assureurs anglois nous assuroient nos marchandises, et nous rendoient la valeur des prises que nous faisoient ceux de leur nation.

93. Non seulement ceux à qui les marchandises appartiennent, et qui en sont les propriétaires, mais tous ceux aux risques desquels elles sont, peuvent les faire assurer. C'est pourquoi un assureur peut faire réassurer par d'autres les effets qu'il a assurés, et qui sont à ses risques ; *art.* 20. Et il n'importe que la *prime* pour laquelle il les fait réassurer, soit plus ou moins forte que celle qu'il a reçue pour l'assurance; *art.* 21. C'est un gain que fait le premier assureur, si elle est moins forte; et c'est une perte qu'il fait si elle est plus forte.

Il est évident que ce contrat de *réassurance* ne désoblige pas le premier assureur, envers celui dont il a assuré les effets; il lui donne seulement un recours contre le second assureur, pour être par lui acquitté.

94. L'assureur peut bien faire réassurer par un second assureur les effets qu'il a assurés, parcequ'ils sont à ses risques; mais le propriétaire desdits effets, qui les a déja fait assurer par un premier assureur, ne peut plus les faire assurer par un second assureur, parcequ'ils ne sont plus à ses risques : il peut seulement faire assurer la solvabilité de son assureur, et le coût de l'assurance, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 33, 34.

95. Dans le contrat d'assurance, nous contractons ou par nous-mêmes, ou le plus souvent par nos commissionnaires.

Lorsque nos commissionnaires contractent en notre nom, c'est nous qui contractons; et suivant les principes que nous avons établis en notre *Traité des Obligations, chap.* 1, *sect.* 1, *art.* 5, §. 5, il sembleroit qu'il faudroit dire qu'ils ne font que nous prêter leur ministère, et qu'ils ne contractent eux-mêmes aucune obligation, si cela n'est exprimé. Néanmoins comme les assureurs ne connoissent le plus souvent que les commissionnaires, et ne connoissent point les négociants pour le compte desquels le contrat se fait, l'usage a prévalu, suivant que l'atteste Vaslin sur l'*article* 3, que ces commissionnaires sont censés s'obliger aussi tacitement en leur nom, conjointement et solidairement avec leurs commettants, qui contractent par leur ministère.

A plus forte raison doivent-ils être obligés en leur nom, lorsqu'ils sont désavoués par ceux au nom desquels ils ont contracté.

De là il suit que les commissionnaires étant censés avoir tacitement contracté l'obligation de payer la *prime*, ils ne sont pas déchargés par la déclaration qu'ils font, depuis le contrat, de la personne pour le compte de laquelle ils ont fait assurer.

SECTION II.

De la forme du contrat d'assurance maritime.

96. Ce contrat, aux termes du droit naturel, et pour qu'il oblige les parties dans le for de la conscience, peut recevoir sa perfection par le seul consentement sur les choses qui font la substance du contrat, sans qu'il soit besoin d'observer aucune forme.

Celles que l'ordonnance prescrit, *art. 2 et 3 du titre des Assurances*, concernent plutôt la preuve qui doit être faite de ce contrat, lorsqu'on en poursuit l'exécution dans les tribunaux, qu'elles ne sont de sa substance.

L'ordonnance, *art.* 2, porte : *Le contrat appelé* POLICE D'ASSURANCE, *sera rédigé par écrit.*

On peut faire sur cet article deux questions. La première est de savoir si cette forme que l'ordonnance prescrit par cet article, est requise pour la validité du contrat, ou seulement pour la preuve du contrat. Je pense qu'elle n'est requise que pour la preuve du contrat, et que l'ordonnance n'a voulu autre chose, par cet article, sinon que ce contrat, dans le cas auquel les parties en disconviendroient, ne pût se prouver que par un acte par écrit, et que la preuve testimoniale n'en pût être admise. Les raisons qui me portent à croire que cette forme que l'ordonnance prescrit, n'est que pour la preuve, et non pour la validité du contrat, sont, 1° que cette forme est absolument étrangère à la substance du contrat, 2° que l'ordonnance ne la requiert pas *à peine de nullité.*

De là il suit que lorsque le contrat n'a pas été rédigé par écrit, et qu'en conséquence il ne peut pas y en avoir de preuve, l'une des parties peut, à défaut de preuve, déférer à l'autre le serment décisoire sur la vérité du contrat, et sur les conditions du contrat.

97. La seconde question est de savoir si la disposition de cet article ne doit avoir lieu que dans le cas auquel l'objet du contrat excède la somme de cent livres. Vaslin,

sur cet article, est d'avis de cette restriction. Il pense que cet article doit s'interpréter par l'ordonnance de 1667, qui ordonne qu'il sera fait des actes par écrit de toutes choses dont l'objet excède cent livres; et qu'en conséquence, lorsque l'objet du contrat d'assurance maritime n'excède pas cent livres, la preuve testimoniale, à défaut d'écrit, en doit être admise, de même que dans tous les autres contrats dont l'objet n'excède pas cent livres.

L'opinion contraire, qui est celle de l'ancien commentateur, me paroît plus régulière. Nous ne devons point suppléer dans une loi une distinction qu'elle ne fait point : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* C'est pourquoi l'ordonnance ayant dit en général, que *le contrat d'assurance sera rédigé par écrit*, sans distinguer, comme elle fait à l'égard des autres contrats, par l'ordonnance de 1667, si l'objet excédoit, ou non, cent livres, on doit penser qu'elle y a assujetti indistinctement tous les contrats d'assurance maritime, soit que leur objet excède ou n'excède pas cent livres. Si l'intention du législateur n'eût été que d'assujettir ceux dont l'objet excéderoit cent livres, il eût été inutile d'en faire une disposition dans cette ordonnance, puisque la loi se trouvoit déjà faite par celle de 1667.

98. On peut faire une troisième question sur cet article, qui est de savoir si la preuve testimoniale d'un contrat d'assurance maritime, qui n'a pas été rédigé par écrit, peut être admise lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, de même qu'elle est admise en ce cas par l'ordonnance de 1667, à l'égard de tous les autres contrats. J'aurois de la peine à l'admettre. L'ordonnance ayant fait une disposition particulière pour la forme dans laquelle doit être rédigé le contrat d'assurance maritime, elle l'a tiré de la thèse générale des autres contrats. C'est pourquoi ce que l'ordonnance de 1667 permet à l'égard des autres contrats, ne peut s'appliquer à celui-ci. L'ordonnance de la marine ayant, par cet article, assujetti absolument le contrat d'assurance à être rédigé par écrit, en a exclus et interdit toute autre preuve.

Nos décisions sur cette question et sur la précédente sont conformes à l'avis d'un savant magistrat qui a l'expérience de ces matières.

99. *Quid*, si l'une des parties alléguoit que le contrat a été rédigé par écrit, mais que l'acte a péri dans un incendie, ou par quelque autre accident? Il faudroit avoir recours en ce cas au registre de l'assureur, tous les assureurs devant en avoir un. Mais si le registre avoit aussi été enveloppé dans l'incendie? Je pense qu'en ce cas l'incendie ou autre accident étant avoué ou justifié, la partie pourroit être admise à la preuve du contrat : car on ne peut pas, en ce cas, lui imputer de n'avoir pas observé l'ordonnance.

100. L'écrit que l'ordonnance prescrit, peut être ou un acte par-devant notaires, ou un acte sous signatures privées : l'ordonnance, *art.* 2, permet expressément de le faire *sous signatures privées.*

Ces actes sont exempts de contrôle, quoique faits devant notaires, suivant un arrêt du 12 août 1732, rapporté dans le *Commentaire* de Vaslin.

Il s'étoit glissé un abus à l'égard de ces actes. Les courtiers et agents avoient des modèles imprimés de ces actes, dans lesquels il n'y avoit à remplir que les noms et qualités du vaisseau, des marchandises, la prime, et le nom des parties contractantes, et dans lesquels ils inséroient toutes les clauses qu'ils imaginoient pour favoriser leurs parties. Les assureurs à qui on présentoit ces modèles à signer, ne s'informant que de la somme qu'on faisoit assurer, et du prix de la prime, les signoient sans faire attention aux clauses qui y étoient insérées, et dont ils n'entendoient pas le sens : ils se trouvoient par ce moyen soumis à des clauses désavantageuses, qu'ils n'avoient pas entendues. Pour remédier à cet abus, l'amirauté du palais a fait un règlement très-sage, qui ordonne que toutes les clauses dérogatoires à quelque article de l'ordonnance, ou extraordinaires, dans les polices d'assurance, y seroient écrites à la main; et il défend d'avoir égard à ces clauses, lorsqu'elles seront imprimées.

Il y a un autre règlement très sage du même siége, du 18 juillet 1759, qui fait défenses à tous courtiers et agents d'assurance, de mettre aucuns renvois sur les polices, qu'en présence et du consentement des parties, par lesquelles ils seront tenus de les faire parapher lors et à l'instant de la passation de la police; comme aussi de faire aucun *avenant* (on donne ce nom aux clauses ajoutées aux polices) auxdites polices, qu'à la suite d'icelles, ou par acte séparé, du consentement et en la présence des parties; lesquels avenants seront signés sur-le-champ par les parties, le tout à peine de nullité des renvois non paraphés, et avenants non signés, et de faux contre lesdits courtiers et agents.

101. L'article 3 de l'ordonnance nous donne le détail de tout ce que doit contenir l'acte qu'on rédige du contrat d'assurance.

La police contiendra 1° *les noms et domicile de celui qui fait assurer.*

2° *Sa qualité de propriétaire ou de commissionnaire.*

3° *Les effets sur lesquels l'assurance sera faite;* ce qui s'exprime ainsi : la somme de tant sur un chargement de tant de pièces; *v. g.* de toiles de Laval.

On doit sur-tout désigner par la police les marchandises du chargement qu'on fait assurer, qui sont sujettes à coulage, telles que sont les huiles, les vins et autres liquides : c'est ce qui est porté par l'*art.* 31. La raison est, que ces marchandises étant sujettes à plus de risques que les autres, les assureurs, qui doivent connoissance des risques dont ils se chargent, doivent être instruits combien il entre dans le chargement de marchandises de cette espèce. Faute de cette désignation dans la police, le contrat n'est pas pour cela entièrement nul; toute la peine que prononce en ce cas l'ordonnance, *art.* 21, est que, faute de cette désignation, l'assureur ne sera pas tenu des dommages que les tempêtes pourroient causer sur cette espèce de marchandises.

Nous apprenons de Vaslin que les parties dérogeoient à

cet *article* 31, en stipulant par une clause particulière de la police, que les assureurs *courront les risques sur les marchandises chargées sur le navire, sujettes au coulage ou non*, sans en faire d'autre désignation.

L'ordonnance, *art.* 31, dispense de cette désignation les assurances qui se font sur le retour des pays étrangers. La raison est, que ceux qui font assurer le retour, ignorent le plus souvent quelles marchandises on leur enverra en retour.

102. 4° *Le nom du vaisseau.* Lorsqu'on fait assurer des marchandises qui partent sur un certain vaisseau, la police doit contenir le nom du vaisseau sur lequel elles sont chargées.

A l'égard des retours qu'on attend des pays étrangers; comme souvent, lorsqu'on les fait assurer, on ignore sur quel vaisseau ces retours sont ou seront chargés, en ce cas la police porte qu'on assure ces retours, *sur quelque vaisseau qu'ils soient chargés.*

Lorsqu'on a assuré des marchandises qui partent sur un certain vaisseau, et qu'on s'est trompé sur le nom du vaisseau sur lequel elles sont chargées, auquel, par erreur, on a donné le nom d'un autre vaisseau, la police est nulle. Par exemple, si voulant assurer un chargement que j'ai sur le vaisseau *l'Alcide*, je fais avec des assureurs une police d'assurance, où il est dit que ce chargement est sur le vaisseau *le Lys*, l'assurance sera nulle; car en ce cas les assureurs ne courent les risques ni du vaisseau *le Lys*, puisque ce n'est pas sur ce vaisseau qu'est mon chargement, ni du vaisseau *l'Alcide* sur lequel est mon chargement, puisque ce vaisseau n'est pas celui qui est nommé par la police, et dont ils ont entendu assurer le chargement.

Mais si l'erreur qui se trouve dans la police sur le nom du vaisseau, est une erreur légère qui n'empêche pas de le reconnoître, cette erreur n'empêche pas le contrat d'être valable. C'est ce qui a été jugé par arrêt du parlement d'Aix, du 2 mai 1750, cité par *Vaslin*, dans l'espèce d'un chargement assuré sur le brigantin *le Lion-Heureux*, désigné par la police sous le nom seulement du brigantin

l'Heureux. En général, *Error nominis navis non attenditur, quandò aliis conjecturis constat de identitate navis.* Cela est conforme à la décision de plusieurs lois, qui disent qu'*Error nominis non nocet, quùm de re constat.*

103. L'assurance seroit aussi nulle, si voulant faire assurer des effets que j'avois sur une pinque ou une barque, j'avois, par la police d'assurance, donné à ce petit bâtiment le nom de *navire;* car quoique le terme de *navire,* dans la signification étendue, comprenne tous les bâtiments, petits et grands, qui naviguent sur la mer, néanmoins, en fait de contrats d'assurance, on n'entend par navires que les grands bâtiments qui sont à trois mâts; et l'assureur peut dire en ce cas qu'il entendoit assurer un navire, et qu'il n'eût pas voulu assurer une barque.

5° *Le nom du* MAÎTRE peut être absolument nécessaire, lorsqu'il se trouve plusieurs vaisseaux du même nom, afin de désigner le vaisseau assuré, en le distinguant de ceux qui ont le même nom.

Hors ce cas, si le vaisseau étoit suffisamment connu et désigné sans le *nom du maître,* je ne crois pas que l'omission du nom du maître dût annuler le contrat : car quoique les assureurs aient quelque intérêt de savoir quel est le maître du vaisseau du risque duquel ils se chargent, y ayant des maîtres dans lesquels ils peuvent avoir plus ou moins de confiance; néanmoins rien n'empêche que des assureurs puissent convenir de se charger des risques à courir sur un vaisseau, quel que soit le capitaine qui le commande.

104. Mais si la police portoit le nom d'un autre capitaine que celui qui commande le vaisseau, il y auroit plus lieu de soutenir que cette erreur rend nulle l'assurance : les assureurs peuvent dire qu'ils ne se sont portés à assurer que par la confiance de l'habileté du capitaine nommé par la police, et qu'ils n'auroient pas voulu assurer, du moins au même prix, s'ils eussent su que c'étoit un autre qui commandoit le vaisseau.

105. Cette disposition, qui porte que la police contiendra le nom du navire et celui du maître, est faite pour les

chargements qui se font en Europe. Mais lorsque j'attends des marchandises des pays éloignés, *putà*, des échelles du Levant, ou des côtes d'Afrique, qui doivent y être chargées pour de là m'être envoyées en Europe, l'ordonnance, *art.* 4, me permet de les faire assurer, sur quelque navire qu'elles puissent être, sans désignation du navire, ni du maître, par la police. La raison est, que ceux qui ont des effets dans des pays éloignés, ignorent ordinairement par quel navire on les leur enverra, et encore plus par quel capitaine. Or on ne peut être obligé à l'impossible.

L'ordonnance veut seulement, par la fin de cet article, que la police, en ce cas, contienne le nom de la personne à qui les effets doivent être *consignés*, c'est-à-dire, adressés. Mais nous apprenons de Vaslin, que cela ne s'observe pas, parceque souvent nous ignorons aussi, lorsque nous les faisons assurer, à qui ils seront adressés.

106. *Le nom du lieu où les marchandises auront été ou devront être chargées*, c'est-à-dire, du havre *d'où le vaisseau devra partir ou sera parti.*

7° *Des ports où il devra charger et décharger, et de tous ceux dans lesquels il devra entrer.*

107. 8° *Le temps auquel les risques commenceront et finiront.* Il n'est besoin d'exprimer ce temps que dans le cas auquel, par une convention particulière, les parties ont voulu s'écarter en quelque chose de la disposition de l'*art.* 5 *du tit. des Assurances*, et de l'*art.* 13 *du tit. des Contrats à la grosse*, sur le temps des risques. Faute d'insérer cette convention dans la police, si les parties en disconviennent, le temps des risques se réglera suivant l'*art.* 13 *du tit.* ci-dessus cité.

108. 9° *Les sommes qu'on entend assurer.*

10° *La prime, ou le coût de l'assurance.*

11° *La soumission des parties aux arbitres.* Ceci n'est dit que parcequ'il est d'usage que la police contienne cette soumission. L'ordonnance n'a pas néanmoins prétendu y assujettir les parties à peine de nullité; elle suppose au contraire, en l'*art.* 70 *du tit. des Assurances*, qu'il peut

y avoir des polices qui ne contiennent pas cette soumission.

12° *Et généralement toutes les autres conditions dont elles voudront convenir.*

Faute de cela, ces conditions, si les parties en disconviennent, seront réputées comme n'ayant pas été convenues, ne pouvant être justifiées que par la police.

109. L'ordonnance ne requiert pas que l'estimation des marchandises qu'on fait assurer, soit faite par la police, parcequ'il est facile de la faire d'ailleurs par les factures et les livres. L'*art.* 64 suppose que souvent elle ne se fait pas par la police : mais, suivant l'*art.* 8, « Si l'assurance est « faite sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès, appa « raux, armement et victuailles, l'estimation en sera faite « par la police ; sauf à l'assureur, en cas de fraude, etc. »

Néanmoins si on avoit manqué à faire cette estimation par la police, l'assurance ne laisseroit pas d'être valable, comme l'observe Vaslin sur cet article, l'ordonnance ne la prescrit pas à peine de nullité ; et il y a lieu de penser qu'elle n'en parle qu'*enuntiativè*, parcequ'on ne manque pas ordinairement à faire cette estimation, et que le seul objet de la disposition de cet article, est de permettre aux assureurs la preuve de l'iniquité de l'estimation portée par la police, lorsqu'ils la soutiennent frauduleuse ; chose dont on auroit pu douter, parcequ'ils paroissent avoir consenti cette estimation.

110. L'*art.* 9 prescrit la forme de la police d'une espèce particulière d'assurance, qui est celle pour la liberté des personnes : il y est dit que « Ces polices contiendront le « nom, le pays, la demeure, l'âge et la qualité de celui « qui se fait assurer (tout ceci n'est requis que pour constater la personne qui s'est fait assurer ; c'est pourquoi l'omission de quelqu'une de ces choses n'annule pas la police, lorsque la personne est d'ailleurs constante) ; « le « nom du navire, du havre d'où il doit partir, et celui de « son dernier reste (c'est-à-dire du terme de sa navigation) ; « la somme qui sera payée en cas de reprise, tant

« pour la rançon, que pour les frais du retour; à qui les « deniers en seront fournis, et sous quelle peine. » Sur les cas auxquels on auroit omis par la police quelqu'une de ces choses, voyez *infrà, chap.* 3, *sect.* 1, *art.* 3.

111. Les *articles* 68 et 69 concernent aussi la forme des polices d'assurance; le 68 défend aux officiers qui les passent, d'y laisser des blancs, à peine de tous dommages et intérêts; le 69 leur enjoint de les enregistrer dans un registre destiné pour cela, paraphé en chaque feuillet par le lieutenant de l'amirauté.

CHAPITRE III.

Des obligations tant des assureurs que des assurés, et des actions qui en naissent.

SECTION PREMIÈRE.

Des obligations des assureurs, qui naissent de la nature du contrat, et des actions qu'elles produisent.

112. Les assureurs contractent par le contrat d'assurance, deux espèces d'obligations envers l'assuré.

La première, est de payer à l'assuré la somme assurée, portée par la police, en cas de perte totale, ou presque totale des choses assurées, par quelque accident de force majeure, à la charge que l'assuré leur fera l'abandon de ce qui peut rester des choses assurées, et de tous ses droits par rapport auxdites choses.

La seconde, est d'indemniser seulement l'assuré des avaries arrivées par quelque accident de force majeure sur les choses assurées, ou par rapport auxdites choses.

On appelle *avaries*, dont les assureurs sont tenus, tous les dommages causés par quelque accident de force majeure aux choses assurées, quoique cet accident n'ait pas causé la perte totale ou presque totale; et toutes les dépenses extraordinaires auxquelles quelque accident de force majeure a donné lieu par rapport aux choses assurées.

Ce principe paroît résulter de la généralité des termes de l'*art.* 26, qui charge les assureurs de toutes les pertes et dommages causés par des fortunes de mer. Il y en a qui prétendent que cet article ne les charge pas de toutes les dépenses extraordinaires auxquelles les fortunes de mer et accidents de force majeure peuvent donner lieu, mais seulement des pertes et dommages causés dans les effets assurés; *voyez* ce que nous en avons déjà dit *suprà*, *n.* 49.

113. La faillite de l'assuré qui n'a pas payé la *prime* arrivée durant le temps des risques, ne décharge pas de plein droit les assureurs de ces obligations; mais ils peuvent, durant le temps des risques, s'en faire décharger, en demandant la résolution du contrat; si mieux n'aime l'assuré, ou ses créanciers, leur donner bonne et suffisante caution pour le paiement de la *prime* : car il n'est pas juste que les assureurs courent les risques, s'ils ne sont assurés d'en recevoir le prix.

Lorsque les assureurs n'ont assuré que le retour des marchandises, la faillite de l'assuré ne leur donne pas lieu de demander la résolution du contrat, parcequ'ils ont une sûreté suffisante pour le paiement de leur *prime*, par le privilége qu'ils ont sur les marchandises, en cas d'heureux retour; et en cas de perte, ils en font déduction sur la somme assurée qu'ils doivent.

Outre ces deux espèces d'obligations, qui naissent de la nature du contrat d'assurance, il y en a d'autres qui naissent de la bonne foi qui doit régner dans ce contrat. Nous traiterons séparément de ces obligations.

ARTICLE PREMIER.

De l'obligation de payer la somme assurée.

114. La principale obligation que contractent les assureurs, est, comme nous l'avons dit, celle de payer la somme assurée, en cas de perte totale ou presque totale des choses assurées.

De cette obligation naît une action personnelle qu'a l'as-

suré contre les assureurs pour exiger d'eux le paiement de cette somme, à la charge qu'il leur fera l'abandon mentionné ci-dessus.

Sur cette obligation, et sur l'action qui en naît, nous verrons dans un premier paragraphe, quelles sont les causes qui y donnent ouverture. Nous verrons ensuite quelles sont les choses qui sont préalables à cette action, telles que sont la signification que l'assuré doit faire aux assureurs, de la nouvelle qu'il a eue de la perte des effets assurés; ce qui fera la matière du second paragraphe. Le délaissement que l'assuré doit faire aux assureurs, fera celle du troisième. La déclaration que l'assuré doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire, et de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés, fera la matière du quatrième.

La signification des pièces justificatives de la quantité et de la valeur des effets assurés, fera celle du cinquième. Nous verrons dans le sixième, quelles sont les exceptions que les assureurs peuvent opposer contre cette action. Nous traiterons dans le septième, de la condamnation qui intervient sur cette action, du terme qu'ont les assureurs pour le paiement de la somme assurée, et des déductions qu'ils peuvent faire.

§. I. Quelles sont les causes qui donnent ouverture à cette obligation, et de l'action qui en naît.

115. Ce sont les accidents de force majeure qui causent une perte totale ou presque totale des choses assurées, qui donnent ouverture à cette action, et à l'abandon ou délaissement que l'assuré doit faire pour y être admis.

Nous apprenons de l'*art.* 46, quels sont ces cas : il y est dit : « Ne pourra le délaissement être fait qu'en cas de prise, « naufrage, bris, échouement, arrêt de prince, ou perte « entière des effets assurés; et tout autre dommage ne sera « réputé qu'avarie, qui sera réglée entre les assureurs et « les assurés, à proportion de leur intérêt. »

L'ordonnance rapporte en premier lieu la *prise du vaisseau.* Il est évident que c'est là un accident qui cause une

perte totale des choses assurées, et qui donne ouverture à l'action.

Il n'importe que la prise soit juste ou injuste, et qu'il y ait quelque lieu d'en espérer en conséquence la restitution: car la perte n'en est pas moins née pour le présent, ce qui suffit pour donner ouverture à l'action; et les assureurs ne peuvent prétendre autre chose que le délaissement que l'assuré leur fera de ses droits, pour en poursuivre à sa place et à leurs risques la restitution.

116. L'ordonnance rapporte ensuite les cas de *naufrage, bris et échouement.* De là naît la question de savoir si toutes les fois qu'il y a eu *naufrage* ou *échouement*, il y a indistinctement ouverture à cette action, ou s'il n'y a ouverture à l'action que dans le cas auquel ces accidents du naufrage ou de l'échouement auroient causé une perte totale des effets assurés. Je crois que la seule et véritable cause qui donne ouverture à la demande de toute la somme assurée, est la perte totale ou presque totale des effets assurés, qui arrivé par quelque accident de force majeure; et que les pertes et dommages de partie ne sont que des avaries qui ne donnent lieu qu'à la seconde espèce d'obligation. C'est pourquoi le *naufrage*, l'*échouement*, ainsi que les autres espèces d'accidents de force majeure mentionnés en cet article, n'y sont rapportés comme les causes qui donnent ouverture à la demande de la somme assurée, que parceque ce sont les causes les plus ordinaires de la perte totale, ou presque totale des effets assurés. Mais lorsque le naufrage ou l'échouement n'a pas causé cette perte totale ou presque totale, les effets assurés ayant été sauvés en grande partie, il n'y a pas lieu à la demande de la somme assurée; et l'assuré ne peut demander qu'un dédommagement, comme d'une simple avarie.

117. A l'égard du *bris*, quand c'est le vaisseau qui a été assuré, il est évident que lorsque ce vaisseau a été brisé sur une côte où il a été jeté par l'impétuosité d'une tempête, ce bris étant une perte totale du vaisseau, donne

lieu à l'action pour demander la somme assurée, à la charge par l'assuré de faire le délaissement des débris.

Cela doit s'entendre du cas auquel le vaisseau a été entièrement brisé. S'il n'avoit été qu'endommagé, et qu'il pût être radoubé, ce ne seroit qu'une avarie, et il n'y auroit pas lieu à cette action. Mais quoique le vaisseau n'ait pas été entièrement brisé, et qu'il fût en état, avec un radoub, de continuer sa route; si néanmoins, dans le fait, faute de trouver sur le lieu où il est échoué, les matériaux et les ouvriers nécessaires, il n'a pu être radoubé, ni continuer sa route, il y aura lieu à l'action pour demander la somme assurée, de même que si le vaisseau eût été entièrement brisé : car c'est à une fortune de mer, dont les assureurs sont garants, qu'on doit attribuer l'échouement du vaisseau en un lieu où on n'a pu le radouber.

Il y a plus de difficulté lorsque le vaisseau n'a pu être radoubé que parceque le capitaine n'avoit ni argent, ni crédit sur le lieu, pour le faire radouber. Néanmoins, M. Vaslin pense que, même en ce cas, il y a ouverture à l'action pour demander la somme assurée, et qu'on doit encore attribuer à fortune de mer que le vaisseau ait été jeté dans un lieu où le capitaine n'avoit pas de connoissances.

En cas de bris de vaisseau, lorsque c'est le chargement qu'on a assuré, il n'y a ouverture à cette action, comme aussi dans le cas d'échouement simple, que lorsque l'accident a causé une perte totale ou presque totale des marchandises. Si elles ont été sauvées en grande partie, le dommage qu'a souffert l'assuré, n'est qu'une avarie qui ne donne lieu qu'à la seconde espèce d'obligation.

118. L'article de l'ordonnance rapporte ensuite *l'arrêt du prince;* ce qu'il faut entendre suivant les distinctions expliquées *suprà, n.* 56 *et suiv.*

Enfin il ajoute, *ou perte entière des effets assurés;* ce qui comprend tous les accidents de force majeure, quels qu'ils soient, par lesquels *cette perte entière* est arrivée, *putà*, le feu, le pillage, etc.

Ces termes de *perte entière* ne doivent cependant pas

être entendus rigoureusement et trop littéralement. Il y a, selon Vaslin, *perte entière des effets assurés*, non seulement lorsque tous, ou presque tous les effets assurés ont été pris, ou ont été perdus dans la mer, mais même lorsque lesdites choses, quoique restées dans le vaisseau, ou sauvées à terre, sont toutes, ou presque toutes si considérablement endommagées, que leur valeur en soit diminuée de plus de moitié : car on dit, dans l'usage de parler ordinaire, que des marchandises qui sont aussi considérablement endommagées, sont des marchandises *perdues*: d'où il suit que lorsque toutes, ou presque toutes les marchandises assurées se trouvent en cet état, c'est une *perte entière* que l'assuré souffre de ses marchandises.

Il en seroit autrement, selon Vaslin, si de trois ballots de marchandises qu'un marchand a fait assurer, il y en avoit deux de péris entièrement, et un resté sain et sauf. Il n'y a pas en ce cas ouverture à l'action pour demander la somme assurée : car la perte que l'assuré a soufferte est, à la vérité, une perte de la partie la plus considérable des marchandises assurées; mais on ne peut pas dire que ce soit *une perte entière*, puisqu'il reste un ballot sain et sauf, ou peu endommagé, qui en est une partie considérable, quoique la moindre. L'assureur ne sera donc tenu en ce cas, que de payer le prix des deux ballots qui sont péris, et du peu de dommage causé au troisième, s'il y en a; mais il ne sera pas obligé de payer la somme entière qu'il a assurée, et d'accepter le délaissement des trois ballots.

119. Pour qu'il y ait ouverture à l'action qu'a l'assuré pour demander la somme assurée, et pour qu'il puisse l'intenter et faire son délaissement, il ne suffit pas que quelqu'un des accidents qui y donnent ouverture soit arrivé; il faut qu'on en ait eu nouvelle.

Il y a néanmoins un cas auquel la seule présomption de la perte du vaisseau donne ouverture à l'obligation de payer la somme assurée, et à l'action qui en naît, quoiqu'on n'ait eu aucune nouvelle de la perte, et quoique le vaisseau ne soit peut-être pas péri.

Ce cas est rapporté en l'*art.* 58, qui dit : « Si l'assuré « ne reçoit aucunes nouvelles de son navire, il pourra, après « l'an expiré, à compter du jour du départ pour les voyages « ordinaires, et après deux ans pour ceux de long cours, « faire son délaissement aux assureurs, et leur demander « paiement, sans qu'il soit besoin d'aucune attestation de « la perte. »

Pour qu'il y ait lieu à la présomption de cet article, il faut non seulement que l'assuré n'ait eu aucunes nouvelles de son navire, il faut que personne n'en ait eu : si les assureurs en ont eu, ou s'ils peuvent justifier que d'autres personnes en ont eu, l'assuré sera débouté de sa demande.

120. Le temps *d'un an* ou *de deux ans*, dont le laps donne lieu à la présomption de cet article, se compte du jour du départ du navire, lorsqu'on n'a eu aucunes nouvelles du navire depuis son départ. Lorsqu'on en a eu, le temps ne se compte que du jour de la réception des dernières nouvelles.

121. Il y a lieu à la présomption de cet article, quand même l'assurance auroit été faite pour un temps limité. L'assuré étant fondé, sur la présomption de cet article, dans sa demande de la somme assurée, les assureurs ne peuvent s'en défendre qu'en excipant que la perte du navire n'est arrivée qu'après l'expiration du temps porté par la police d'assurance : mais c'est à eux à le justifier, suivant la maxime : *Incumbit onus probandi ei qui dicit;* et suivant celle-ci : *Reus excipiendo fit actor.* Vaslin, sur cet article, rapporte un arrêt du conseil de 1749, qui a cassé deux arrêts du parlement de Provence qui avoient jugé le contraire, comme ayant jugé contre la disposition de cet article de l'ordonnance.

122. L'*art.* 59 nous apprend quels sont les voyages qui sont appelés *de long cours.* Il dit que ce sont ceux de France en Moscovie, Groënland, Canada, et autres côtes et îles de l'Amérique; au Cap vert, aux côtes de Guinée, et dans tous les autres endroits au-delà du Tropique.

L'ordonnance du 18 novembre 1740 répute voyages *de long cours* tous ceux qui se font sur l'Océan, au-delà des détroits de Gibraltar et du Sund.

§. II. De la signification que l'assuré doit faire aux assureurs de l'accident qui a causé la perte des effets assurés.

123. L'accident qui a causé la perte des effets assurés, étant le fondement de la demande de la somme assurée, que l'assuré intente ou se propose d'intenter contre les assureurs, et tout demandeur étant obligé de fonder sa demande, c'est avec raison que l'ordonnance, *art.* 24, prescrit cette formalité : « Lorsque l'assuré aura eu avis de « la perte du vaisseau ou des marchandises assurées, de « l'arrêt du prince, et d'autres accidents étant aux risques « des assureurs, il sera tenu de le leur faire incontinent « signifier, ou à celui qui aura signé pour eux l'assurance, « avec protestation de faire son délaissement en temps et « lieu. »

L'assuré peut faire cette signification, quand même l'avis qu'il a eu ne seroit pas bien certain : car quoique par la suite il se trouvât faux, il n'en résulteroit rien, sinon que la signification auroit été inutile.

124. L'ordonnance dit que l'assuré doit faire cette signification *incontinent :* effectivement la bonne foi l'oblige de ne rien laisser ignorer aux assureurs de ce qui concerne l'assurance. Néanmoins l'assuré n'est sujet à aucune peine, faute d'avoir fait cette signification *incontinent,* si les assureurs n'en ont rien souffert; et il lui suffit de la faire par son exploit de demande.

125. L'assuré peut faire cette signification, quoiqu'il n'ait pas encore pris sa résolution sur le parti qu'il avisera, ou de demander la somme assurée, en délaissant les effets assurés, ou de donner une simple demande en dédommagement; et en ce cas il fait cette signification, avec protestation de faire son délaissement en temps et lieu : au moyen de quoi il demeure en son pouvoir de ne le pas faire s'il trouve qu'il ne soit pas de son intérêt de le faire.

Cela n'empêche pas l'assuré de travailler au recouvrement des effets naufragés, en attendant qu'il ait pris son parti; sauf à en compter aux assureurs, s'il fait le délaissement; *art.* 45.

126. Lorsque l'assuré est décidé à demander la somme assurée et à faire son délaissement, il n'a pas besoin de faire une protestation. Il peut, en ce cas, en signifiant aux assureurs la perte des effets assurés, faire en même temps et par même charte son délaissement, et demander la somme assurée; *art.* 43.

127. Ces significations peuvent se faire, suivant l'*art.* 24, à celui qui a signifié l'assurance pour les assureurs (c'est-à-dire à leur préposé), aussi bien qu'aux assureurs.

Il y a à Marseille un usage particulier pour la forme de cette signification. L'assuré, aussitôt qu'il a appris la perte de son vaisseau, ou des effets qu'il a fait assurer, se présente à la chambre du commerce avec la lettre d'avis qu'il en a reçue, pour y faire la déclaration de sa perte. Si la pièce que l'assuré présente est reconnue suffisante pour la constater, la chambre du commerce reçoit sa déclaration; on enregistre la pièce sur laquelle la déclaration est faite; on la paraphe. L'assuré présente les polices; on y certifie au bas des signatures la déclaration faite à la chambre, et le jour qu'elle a été faite. Cette déclaration ainsi faite tient lieu de signification; et l'assuré peut, trois mois après, sur le certificat de cette déclaration, poursuivre le recouvrement de la perte. Cet usage, qui est suivi à Marseille, paroît s'écarter de la disposition de l'ordonnance; et je ne pense pas que cette forme dût être admise ailleurs. L'ordonnance ayant requis une signification, elle doit être faite juridiquement par un huissier, à personne ou à domicile; et il n'y a que la reconnoissance que donneroit l'assureur qu'il a été averti de la perte, qui puisse équipoller à cette signification.

§. III. Du délaissement.

128. Pour que l'assuré puisse demander la somme assurée, lorsqu'il y a ouverture à l'action, il est préalable qu'il fasse signifier aux assureurs le *délaissement* qu'il leur fait de ce qui reste des effets assurés, et de tous ses droits par rapport auxdits effets.

Ce délaissement doit être de tout ce qui a été assuré par la police d'assurance.

« On ne pourra faire délaissement d'une partie et retenir « l'autre; *art.* 47. »

Par exemple, si j'ai fait assurer par une même police d'assurance une somme de quinze mille livres sur un chargement que j'avois eu sur un tel vaisseau, consistant en un certain nombre de caisses de sucre de valeur de cinq mille livres, et en un certain nombre de caisses d'indigo de valeur de dix mille livres; que ce chargement ait péri par un naufrage, d'où l'on n'a pu retirer que quelques caisses de sucre et d'indigo considérablement endommagées; je ne puis pas demander aux assureurs la somme de dix mille livres, valeur des indigos que j'ai fait assurer, aux offres de leur délaisser ce qui en a été sauvé, et retenir ce qui a été sauvé des sucres, en me réservant de me faire dédommager par eux de ce qui en est péri, et de ce qui est endommagé : mais je dois faire le délaissement de tout ce qui a été sauvé du chargement, tant des sucres que des indigos, et demander la somme entière des quinze mille livres; ou, sans rien délaisser, ne demander qu'un simple dédommagement, tant pour les indigos que pour les sucres.

129. Il en seroit autrement si j'avois fait assurer ces effets par différents contrats ou différentes polices d'assurance, quoique par les mêmes assureurs. Par exemple, si par une police d'assurance je me suis fait assurer une somme de cinq mille livres pour un chargement de sucre sur un tel vaisseau, de valeur d'autant; et par une autre police, une somme de dix mille livres pour un chargement d'indigo sur le même vaisseau, de valeur d'autant, il n'est pas douteux

en ce cas que je puis demander la somme de dix mille livres assurée par l'une de ces polices, en faisant le délaissement de tous les indigos, et retenir les sucres que j'ai fait assurer par l'autre police. Ce n'est pas en ce cas délaisser pour partie, et retenir pour partie, puisque je délaisse tout ce qui est contenu dans une police.

A plus forte raison, si je n'avois fait assurer que les indigos, et que je n'eusse pas fait assurer les sucres, ou que je les eusse fait assurer par d'autres assureurs, je ne serois obligé de délaisser que ce qui est resté des indigos, et je ne serois pas obligé de leur délaisser les sucres.

130. Lorsque je n'ai fait assurer que pour partie mon chargement, je ne suis obligé de faire le délaissement de ce qui en est resté, que pour cette partie. Par exemple, si j'ai fait assurer une somme de vingt mille livres sur un chargement de la valeur de trente mille livres, qui est péri, je ne dois délaisser aux assureurs ce qu'on en pourra sauver, que pour les deux tiers, et je le partagerai avec eux pour un tiers. Ce n'est point en ce cas délaisser pour *partie;* c'est un délaissement total, puisqu'il est fait pour le total de la perte assurée, et que la partie que je retiens est pour celle qui n'étoit pas assurée, dans laquelle les assureurs n'ont aucun droit, puisqu'elle n'étoit pas à leurs risques.

Cette décision a lieu non seulement pour ce dont la valeur de mon chargement excédoit la somme assurée au temps du contrat, mais pour l'augmentation qui y est survenue. *Finge.* J'ai fait assurer une somme de quinze mille livres sur un chargement de marchandises de valeur alors de pareille somme, sur un vaisseau qui devoit aller à Saint-Domingue, et passer par les côtes d'Afrique pour y faire la traite. Si par la conversion de mes marchandises en nègres et en poudre d'or, la valeur de mon chargement est devenue de trente mille livres, et qu'ensuite il soit péri; pour pouvoir demander la somme assurée, je ne serai obligé de délaisser ce qui pourra être sauvé, que pour moitié : car mon chargement étant devenu de valeur de trente mille livres, il n'étoit que pour moitié aux risques

des assureurs, qui n'avoient assuré qu'une somme de quinze mille livres.

131. Les effets sauvés ne doivent être délaissés aux assureurs qu'à la charge qu'ils rembourseront l'assuré des frais qu'il a faits pour les sauver du naufrage, dont l'assuré doit être cru sur son affirmation; *art.* 45. Mais comme les assureurs ne sont tenus de ces frais, suivant ledit article, que *jusqu'à concurrence de la valeur des effets recouvrés,* les assureurs peuvent les laisser à l'assuré pour les frais.

132. En cas de prise, lorsque l'assuré a fait, sans le consentement des assureurs, une composition avec le corsaire pour racheter ses effets, l'article 67 laisse au choix des assureurs de prendre à leur profit la composition, ou de la rejeter.

Cet article dit : « Les assureurs pourront prendre la « composition à leur profit, à proportion de leur intérêt; « et en ce cas ils seront tenus d'en faire leur déclaration « sur-le-champ; de contribuer actuellement au paiement « du rachat, et de courir les risques du retour; sinon, de « payer les sommes assurées, sans qu'ils puissent rien pré- « tendre aux effets rachetés. »

Au premier cas, lorsque les assureurs prennent le parti de prendre à leur profit la composition, il n'y a pas lieu à la demande de la somme assurée : les assureurs sont seulement tenus de contribuer au prix du rachat, à proportion de l'intérêt qu'ils y ont; et ils continuent d'être chargés des risques du retour du vaisseau, sans qu'ils puissent, en cas de malheureux évènement qui arriveroit par la suite, faire sur la somme assurée aucune déduction ni imputation de la somme qu'ils ont payée pour le rachat.

Finge. Un armateur a fait assurer une somme de 50,000 livres sur un vaisseau, lequel (la cargaison comprise) est de valeur de cinquante mille écus. Ce vaisseau est pris, et le corsaire, moyennant une rançon de vingt-cinq mille écus que lui paie l'armateur, relâche le vaisseau avec toute sa cargaison. Si les assureurs veulent prendre à leur profit cette composition, l'assuré ne pourra pas leur demander

la somme de 50,000 livres qu'ils ont assurée. Il suffira à ces assureurs qui ont assuré une somme de 50,000 livres, qui est le tiers de la valeur du vaisseau, sa cargaison comprise, et qui y ont par conséquent un intérêt d'un tiers, de rendre présentement à l'armateur la somme de vingt-cinq mille livres, qui est le tiers de celle qui a été payée pour le rachat du vaisseau et de sa cargaison : et si le vaisseau, avant son retour, étoit encore pris ou péri, les assureurs, qui continuent en ce cas d'être chargés des risques, seroient tenus de payer la somme de 50,000 livres qu'ils ont assurée, sans pouvoir rien retenir de celle de 25,000 livres qu'ils ont payée pour le rachat.

Ce qui est dit par l'article 67, que les assureurs doivent contribuer *actuellement* au paiement du rachat, doit s'entendre du cas auquel le corsaire n'auroit pas accordé de terme pour le paiement : s'il en avoit accordé, il est juste que les assureurs en jouissent.

133. Au second cas, qui est celui auquel les assureurs rejettent la composition, il y a lieu à la demande de la somme assurée. Ils sont tenus de la payer, *sans qu'ils puissent rien prétendre aux effets relâchés*, suivant qu'il est porté expressément en l'article 67.

L'assuré n'est donc pas tenu en ce cas de leur faire le délaissement des effets rachetés, ni du profit qu'il pourroit faire sur lesdits effets. Les assureurs, en refusant la composition, sont censés en ce cas les avoir abandonnés à l'assuré pour le prix du rachat, de même qu'ils peuvent abandonner les effets sauvés d'un naufrage, pour les frais qui ont été faits pour les recouvrer; *suprà, n.* 131.

Tout ce que les assureurs, comme subrogés aux droits de l'assuré à qui ils ont payé la somme assurée, pourroient en ce cas, c'est que s'ils prétendoient la prise illégitime, ils pourroient à leurs risques poursuivre la restitution de la somme extorquée par le corsaire.

134. Les assureurs devant avoir le choix d'accepter à leur profit la composition, ou de la répudier, l'assuré doit les avertir par écrit de la composition qu'il a faite; *art.* 66.

Les assureurs de leur côté, aussitôt qu'ils en ont été avertis, doivent, suivant l'*art.* 67, déclarer sur-le-champ s'ils entendent accepter la composition ; faute de quoi, ils peuvent être poursuivis pour le paiement de la somme assurée.

Je crois néanmoins qu'ils sont toujours à temps de se faire renvoyer de cette demande, en offrant leur part du prix de la composition, les intérêts, et les dépens de contumace faits contre eux.

135. Le délaissement que l'assuré fait aux assureurs des effets assurés, en transfère d'une manière irrévocable aux assureurs la propriété, soit pour le total, s'ils ont été assurés pour le total, soit pour la partie pour laquelle ils ont été assurés : et de même que l'assuré ne pourroit plus les répéter en offrant de décharger les assureurs de la somme assurée, ou de la leur rendre s'ils l'avoient payée, de même les assureurs ne peuvent éviter de payer la somme assurée, après que le délaissement leur a été fait des effets assurés, quoique, les ayant depuis recouvrés, ils offrent de les rendre à l'assuré.

Finge. Le vaisseau qu'un armateur a fait assurer, a été pris ; l'armateur a demandé aux assureurs la somme assurée, et leur a fait pour cet effet le délaissement de ses droits, et des effets qui ont pu être sauvés. Les assureurs, comme subrogés par ce délaissement aux droits de l'assuré, en ont poursuivi la restitution, en soutenant la prise illégitime, et ils l'ont obtenue ; ou ils l'ont racheté du corsaire qui l'a pris. Ils ne seront pas reçus, pour se dispenser de payer la somme assurée, à offrir de rendre le vaisseau à l'assuré.

Voici un autre cas. J'ai fait assurer une somme de vingt mille livres sur un chargement que j'avois sur un certain vaisseau : au bout de deux ans, sans qu'on en ait eu aucunes nouvelles, j'ai fait aux assureurs le délais des effets que j'avois sur ce vaisseau, et je leur ai demandé le paiement de la somme de vingt mille livres qu'ils m'ont assurée. Depuis, ce vaisseau, qu'on croyoit perdu, est arrivé de retour à bon port : les assureurs à qui j'en ai fait le délais, doivent prendre pour leur compte le chargement qu'ils m'ont assuré, et ils

ne peuvent se dispenser de me payer la somme assurée. C'est la disposition précise de l'*art.* 60.

§. IV. De la déclaration que l'assuré, en faisant son délaissement, doit faire de toutes les assurances qu'il a fait faire, et de l'argent qu'il a pris à la grosse sur les effets assurés.

136. L'ordonnance, *art.* 53, oblige l'assuré à faire cette déclaration par l'acte de délaissement ; son motif est afin de connoître si l'assurance dont l'assuré demande le paiement, a été légitimement contractée; car elle ne seroit pas légitimement contractée, si l'assuré, après avoir déja fait assurer ses effets, les avoit fait assurer de nouveau pour une somme qui excédât ce que lesdits effets valoient de plus que les sommes pour lesquelles ils avoient été déja assurés; car il n'est pas permis de faire assurer des effets pour une somme qui soit au-delà de leur valeur (*suprà*, *n.* 76), ni de les faire assurer après qu'ils l'ont déja été, si ce n'est seulement pour ce qu'ils valent de plus que les sommes pour lesquelles ils ont déja été assurés; *suprà*, *n.* 33.

L'ordonnance veut aussi que l'assuré déclare les emprunts des sommes qu'il a prises *à la grosse* pour les effets assurés ; car ces emprunts renferment une assurance desdits effets jusqu'à concurrence des sommes empruntées.

137. L'ordonnance veut que l'assuré fasse cette déclaration *en faisant son délaissement.* S'il avoit omis de la faire par l'acte de délaissement, et qu'il la fît depuis, son délaissement n'aura d'effet que du jour qu'il aura fait cette déclaration, et le terme accordé par l'*art.* 44. pour le paiement de la somme assurée, ne commence à courir que du jour de cette déclaration. C'est l'interprétation que *Vaslin* donne à cet article, et elle est très-plausible.

138. L'ordonnance, par ledit *art.* 53, prononce, *à peine d'être privé de l'effet des assurances*, c'est-à-dire, à peine contre l'assuré qui aura fait une déclaration infidèle, d'être exclus de sa demande contre les assureurs, pour le paiement de la somme assurée.

Cette peine néanmoins, suivant que l'*art.* 54 l'explique,

n'a lieu que lorsque les assurances, ou les emprunts à la grosse qui ont été recélés, excèdent avec celles qui ont été déclarées, la valeur des effets assurés.

Finge. J'avois sur un vaisseau un chargement de valeur de 100,000 livres; j'ai fait assurer sur ce chargement une somme de 60,000 livres; j'ai encore depuis fait assurer sur ce chargement une somme de 15,000 livres, ou j'ai pris *à la grosse aventure* une somme de 15,000 livres sur ledit chargement, pour payer ce que je devois du prix desdites marchandises. Ces deux sommes faisant celle de soixante-quinze mille livres, je ne pouvois plus faire assurer ce chargement que pour une somme de vingt-cinq mille livres. Néanmoins je l'ai fait assurer par d'autres assureurs pour une somme de quarante mille livres. Le vaisseau étant péri, je demande aux derniers assureurs le paiement de la somme de quarante mille livres qu'ils m'ont assurée; et par le délaissement que je leur fais, je déclare seulement sa première assurance de soixante mille livres, et je tais celle de quinze. Si les assureurs viennent à découvrir cette assurance de quinze mille livres que j'ai recélée, il y aura lieu à la peine, et ils auront congé de ma demande; parceque cette somme de quinze mille livres que j'ai recélée, jointe à celle de soixante mille livres que j'ai déclarée, et à celle de quarante mille livres de la dernière assurance, dont je demande la paiement, excède la valeur de mon chargement; et ce recel forme une présomption de fraude. Il faut présumer qu'en faisant assurer par les derniers assureurs, pour une somme de quarante mille livres, ce qui restoit à assurer de mon chargement, j'avois connoissance qu'il ne valoit pas la somme pour laquelle je le faisois assurer. C'est en punition de cette fraude que ce recel fait présumer, que je suis privé en entier de la somme assurée; au lieu que si j'avois déclaré cette assurance de quinze mille livres, et qu'il n'y eût pas de preuves, d'ailleurs, que lorsque j'ai fait assurer pour quarante mille livres ce qui restoit à assurer de mon chargement, j'avois connoissance qu'il ne valoit pas cette somme, je ne serois pas privé en entier de la somme assurée; mais la somme assurée se-

roit seulement réduite à la somme de vingt-cinq mille liv., valeur de ce qui me restoit à assurer.

139. La privation entière de la somme assurée, étant une peine de la fraude; s'il paroissoit que l'omission que l'assuré a faite de déclarer quelqu'une des assurances, n'a pas été frauduleuse, et qu'il pouvoit n'en avoir pas connoissance, il n'y auroit pas lieu à la peine.

Finge. Un négociant de Bayonne ayant fait sur un navire un chargement de cinquante mille livres, sur lequel il avoit emprunté *à la grosse* vingt mille livres, a donné ordre à son correspondant à Hambourg de faire assurer son chargement pour les trente mille livres qui restoient à assurer : son correspondant, au reçu de la lettre, l'a fait assurer à Hambourg, pour une somme de vingt mille livres. Peu de jours après, le prix des assurances ayant baissé à Bayonne, ce négociant, ignorant que son correspondant d'Hambourg eût déjà exécuté en partie ses ordres, a fait assurer à Bayonne, sur ce chargement, la somme de trente mille livres, et a écrit un contre-ordre à son correspondant de Hambourg.

La nouvelle de la perte du navire arrive presque aussitôt : le négociant de Bayonne la fait signifier aux assureurs, et leur fait son délaissement, par lequel il déclare seulement la somme de vingt mille livres qu'il avoit prise *à la grosse*, et ne déclare point celle de vingt mille livres que son correspondant avoit fait assurer pour lui à Hambourg, n'en ayant pas encore eu de nouvelles. Cette omission n'étant pas en ce cas frauduleuse, l'assurance faite à Hambourg ayant pu être ignorée par ce négociant, il n'y aura pas lieu à la peine, et l'assurance de Bayonne devra seulement être réduite à la somme de dix mille livres, qui restoit encore à assurer.

§. V. De la signification que l'assuré doit faire des pièces justificatives, tant du chargement et de la valeur des effets assurés, que de leur perte.

140. L'assuré ne pouvant pas faire assurer légitimement une somme au-delà de la valeur des effets qu'il a sur le navire; pour qu'il puisse justifier que l'assurance dont il

demande l'exécution, est légitime, et que la somme assurée dont il demande le paiement, n'excède pas la valeur des effets qu'il avoit sur le navire, il faut qu'il justifie du chargement desdits effets sur le navire, et de leur valeur.

Pareillement, comme c'est la perte desdits effets, arrivée par quelqu'un des accidents de force majeure dont les assureurs se sont chargés, qui donne ouverture à la demande de l'assuré, et qui doit y servir de fondement, l'assuré doit justifier de cet accident, et de la perte qu'il a causée de ses effets.

C'est conformément à ce principe que l'*art.* 56 dit : « Les assureurs sur le chargement ne pourront être contraints au paiement des sommes assurées, que jusqu'à « concurrence de la valeur des effets dont l'assureur justi- « fiera le chargement et la perte. »

Et l'*art.* 57 ajoute : « Les actes justificatifs du charge- « ment et de la perte des effets assurés, seront signifiés « aux assureurs incontinent après le délaissement, et avant « qu'ils puissent être poursuivis pour le paiement des choses « assurées. »

141. La principale preuve du chargement est le *connoissement*. On appelle ainsi la reconnoissance que le maître d'un vaisseau donne à un marchand, des marchandises qu'il a chargées sur son vaisseau.

Il est évident que cette connoissance est une preuve non suspecte de la quantité des marchandises qui ont été chargées sur le vaisseau ; car le maître, qui est obligé de les représenter lors de l'arrivée du vaisseau au lieu de sa destination, a intérêt de n'en pas comprendre dans le connoissement plus qu'il n'y en a.

Pourroit-on, par une clause particulière, convenir que l'assuré ne sera pas tenu de justifier son chargement par le rapport du *connoissement?* Je ne pense pas qu'une telle clause puisse dispenser l'assuré de le représenter. On ne peut y concevoir d'autre motif que celui de tromper les assureurs : or, toute convention qui tend à pouvoir tromper, n'est pas valable : *Non valet conventio ne dolus præstetur.*

A défaut de *connoissement*, s'il est perdu, l'attestation du capitaine ou des principaux de l'équipage en tiendra lieu; et à leur défaut, s'ils étoient péris, celle des autres personnes de l'équipage qui se sont sauvées. C'est l'avis de Vaslin sur ledit *art.* 57.

142. Lorsque le chargement est fait en pays étranger, par des mariniers ou autres personnes qui sont dans le navire comme passagers, et qu'ils le font assurer en France par leurs correspondants, lesdits mariniers ou passagers doivent laisser un double du *connoissement* entre les mains du consul françois ou de son chancelier, au lieu où s'est fait le chargement; et s'il n'y a point de consulat en ce lieu, entre les mains d'un notable marchand de la nation françoise. C'est la disposition de l'*art.* 63.

Le motif de cette disposition est pour obvier aux fraudes et à la collusion entre ces personnes et le capitaine, qui, en cas de naufrage ou de prise, pourroit donner aux assureurs un faux *connoissement*, contenant une plus grande quantité de marchandises que celle dont étoit composé le chargement. Vaslin, *sur ledit art.*

Les mariniers et passagers qui ont fait quelque chargement sur un navire, dans le Levant ou en Barbarie, qu'ils ont fait assurer par leurs correspondants en France, en cas de perte du *connoissement*, doivent justifier de ce qui est contenu dans ledit chargement par une autre espèce d'acte qu'on appelle un *manifeste*. C'est un acte que le capitaine de chaque navire doit remettre à la chancellerie du lieu du chargement. Cet acte doit contenir un extrait fidèle de toutes les polices de son chargement; il est conçu à peu près en ces termes : *A chargé* M.*** d'ordre et pour compte de M.*** d'une telle ville, et *à sa* consignation, telles et telles marchandises, dont on exprime la qualité, la quantité, le poids, etc. Cet état est enfin certifié véritable par le capitaine. Le chancelier du consulat du lieu, à qui cet acte est remis, l'enregistre, et en donne au capitaine deux copies en forme, légalisées par le consul.

A l'égard des voyages de l'Amérique, l'acquit que le

capitaine doit avoir des droits qu'il a payés pour les marchandises chargées sur son navire, peut servir de justification du contenu du chargement.

143. Lorsque c'est le maître lui-même qui a fait assurer un chargement de marchandises pour son compte sur le vaisseau qu'il commande; comme il ne peut pas se donner de *connoissement* à lui-même, il doit s'en faire donner un par l'écrivain du vaisseau et le pilote, qui soit signé d'eux. Mais comme ces personnes, qui sont sous sa dépendance, ne sont pas par cette raison hors de tout soupçon de collusion, il doit en outre justifier de l'achat des marchandises dont son chargement étoit composé; *putà*, par les factures ou par les livres des marchands de qui il les a achetées. C'est la disposition de l'*art.* 62.

144. Il y a un cas auquel il n'y a pas de preuve à faire du chargement; c'est lorsqu'un corsaire fait assurer une prise qu'il a faite. Il est évident qu'il ne peut y avoir lieu alors à cette preuve, puisque le corsaire n'a rien chargé. La prise qu'il a fait assurer ne gît en ce cas qu'en estimation.

145. La *quantité* des marchandises dont le chargement étoit composé, se justifie par le *connoissement* : à l'égard de leur *valeur*, l'assuré peut la justifier par les factures, et par les livres de commerce, tant de l'assuré, que des marchands qui lui ont vendu les marchandises; *art.* 64.

A défaut de cette preuve par les livres et les factures, on en doit faire l'estimation par experts, suivant le prix commun et courant que les marchandises de l'espèce de celles dont le chargement est composé, valoient au temps et au lieu du chargement. C'est la disposition de l'*art.* 64.

146. La valeur du chargement, jusqu'à concurrence de laquelle on peut le faire assurer, n'est pas seulement composée du prix de l'achat des marchandises; ou si ce sont des marchandises de la manufacture du chargeur qui s'est fait assurer, cette valeur n'est pas seulement le prix courant qu'il vendoit, au temps du chargement, les marchandises de cette espèce : on doit encore, suivant ledit *art.* 64, *y*

joindre tous droits et frais faits jusqu'à bord; c'est-à-dire, tous les frais qu'il faut faire pour conduire les marchandises à bord et pour les charger sur les navires, et tous les droits qu'il faut payer pour le chargement desdites marchandises, tels que les droits de douane.

Le profit que l'assuré espéroit faire sur ces marchandises, n'entre pour rien dans leur estimation; car il n'est pas permis de faire assurer l'espérance des profits, comme nous l'avons vu *suprà, n.* 36.

Contrà, vice versâ, les marchandises qu'on charge en retour à l'assuré dans les îles de l'Amérique, ne doivent pas être estimées suivant la valeur de l'argent de ce pays, sur lequel il y a un tiers à perdre en France, mais seulement sur le pied de l'argent de France : car elles ne sont de valeur, pour l'assuré, que de ce qu'il en peut retirer en France. La convention de les estimer sans aucune déduction de ce qu'il y a à perdre en France, a été, par plusieurs sentences de l'amirauté du palais, déclarée nulle et illicite, comme contraire à l'*art.* 22 *du tit. des Assurances*, qui défend de faire assurer des effets au-delà de leur valeur.

147. L'ordonnance, en l'*article* 65, a prévu un cas auquel on ne peut pas estimer les marchandises du chargement, à la somme qu'elles valoient au temps et au lieu du chargement; c'est le cas auquel celui qui les a fait assurer, les auroit acquises des sauvages par échange, dans un lieu où l'on ne connoît pas l'argent, et où le commerce ne se fait que par troc. Il est évident que les marchandises ne peuvent s'estimer à la somme d'argent qu'elles valoient au lieu du chargement, puisque l'argent n'est pas connu dans le lieu, ni aucune autre monnoie qui puisse y répondre. Pour suppléer à cela, l'ordonnance veut qu'on donne à ces marchandises l'estimation de celles qu'on a données aux sauvages en échange pour les avoir, et qu'on y joigne tout ce qu'il en a coûté pour leur transport au lieu où elles ont été données en échange.

Vaslin, sur cet article, observe qu'il ne reçoit plus d'ap-

plication, parcequ'aujourd'hui l'argent est connu dans tous les pays où l'on commerce, même avec les sauvages.

148. On n'a recours à cette estimation par les factures et les livres, ou par experts, que lorsqu'elle n'est pas faite par la police d'assurance. C'est pourquoi l'*art.* 64 ajoute, *si ce n'est qu'elles soient estimées par la police.*

En ce cas l'estimation qui est faite, fait foi de la valeur des marchandises, au moins par provision, et jusqu'à ce que les assureurs aient fait la preuve que l'assuré les a surpris, et a enflé cette estimation. Les assureurs doivent-ils être toujours admis à cette preuve? *Voyez infrà, n.* 156.

On pratique rarement de faire par la police l'estimation des marchandises; mais lorsque c'est le navire qui est assuré, on en fait toujours l'estimation par la police. *Vaslin sur ledit article* 64.

149. Cette justification que l'assuré doit faire de la valeur de son chargement, est nécessaire, non seulement pour constater la légitimité de l'assurance, c'est-à-dire, que la somme assurée n'excède pas la valeur de ce qu'on a fait assurer, mais aussi pour connoître la part que les assureurs doivent avoir dans le délaissement; la part qu'ils doivent y avoir devant être en même raison qu'est la somme assurée au total de la valeur du chargement, comme nous l'avons vu ci-dessus.

150. Lorsque c'est un assureur qui a fait réassurer, ou lorsque c'est un prêteur *à la grosse aventure*, qui a fait assurer les marchandises sur lesquelles il a fait le prêt, et qui sont à ses risques, ils sont obligés de justifier du chargement, et de la valeur des marchandises assurées; de même que le propriétaire, qu'ils représentent, y eût été obligé, si les marchandises eussent été à ses risques, et que ce fût lui qui les eût fait assurer.

151. A l'égard des actes justificatifs de la perte des effets assurés, et des accidents de force majeure qui l'ont causée, que l'assuré, suivant l'*art.* 57, doit aussi faire signifier aux assureurs, comme nous l'avons dit ci-dessus, ces actes sont, en cas de naufrage ou d'échouement, soit les procès-ver-

baux des officiers de l'amirauté du lieu, qui ont fait travailler au sauvement des effets; soit le rapport vérifié des gens de l'équipage, fait au greffe de l'amirauté du lieu le plus voisin où le naufrage est arrivé, ou devant notaires, lorsqu'il n'y a pas d'amirauté.

En cas de prise, les actes justificatifs sont les lettres d'avis du capitaine, ou des principaux de l'équipage.

Il y a un cas auquel il n'est pas nécessaire de rapporter d'actes justificatifs de la perte des effets assurés; c'est celui auquel c'est le défaut de nouvelles du vaisseau, au bout d'un ou de deux ans, qui a donné ouverture à l'action, suivant l'*art.* 58.

152. L'ordonnance, *art.* 58, dit que cette signification des actes justificatifs, tant du chargement que de la perte des effets assurés, sera faite aux assureurs *incontinent, et avant qu'ils puissent être poursuivis pour le paiement des choses assurées.*

Quoique l'ordonnance dise *incontinent*, il n'y a néanmoins aucune peine contre l'assuré qui ne l'a pas faite *incontinent;* si ce n'est que jusqu'à ce qu'il l'ait faite, il ne peut, comme il est dit en cet article, faire aucune poursuite contre les assureurs pour le paiement de la somme assurée.

§. VI. Exceptions que les assureurs peuvent opposer contre la demande de la somme assurée.

153. La principale exception *et fin de non recevoir* que les assureurs peuvent opposer à l'assuré contre la demande de la somme assurée, est celle qui résulte de ce que le délaissement n'a pas été fait, ni la demande donnée dans le temps réglé par l'ordonnance.

L'*article* 48 règle ce temps. Il porte : « Les délaissements, « et toutes demandes en exécution de la police, seront fai- « tes aux assureurs dans *six semaines* après la nouvelle des « pertes arrivées aux côtes de la même province où l'assu- « rance aura été faite; et pour celles qui arriveront en une « autre province de notre royaume, dans *trois mois;* pour « les côtes de Hollande, Flandre, Angleterre, dans *quatre*

« *mois;* pour celles d'Espagne, d'Italie, Portugal, Barba-
« rie, Moscovie ou Norwège, dans *un an;* et pour les cô-
« tes de l'Amérique, Brésil, Guinée et autres pays plus
« éloignés, dans *deux ans;* et le temps passé, les assurés
« ne seront plus recevables en leur demande. »

Le *temps de la nouvelle,* d'où cet article fait courir le délai, doit s'entendre du temps auquel la nouvelle a commencé d'être publique et notoire dans le lieu où l'assurance a été faite, comme l'observe Vaslin sur ledit article.

Si l'assuré avoit eu nouvelle de la perte, et l'eût signifiée aux assureurs avant qu'elle fût publique, avec protestation de faire son délaissement, il n'est pas douteux que le temps pour faire le délaissement doit commencer à courir dès le jour de sa signification.

Dans le cas d'*arrêt de prince,* le délaissement ne pouvant être fait, et la demande de la somme assurée ne pouvant être intentée qu'après les délais portés par les *art.* 49 et 50, c'est une conséquence que le temps porté par l'*art.* 48, pour faire ce délaissement et intenter cette demande, ne peut commencer à courir que du jour de l'expiration des délais portés par les *art.* 49 et 50; car c'est un principe des plus connus, que le temps dans lequel une demande doit être intentée, ne peut commencer à courir que du jour qu'on a pu l'intenter.

Par la même raison, lorsque c'est le défaut de nouvelles du vaisseau depuis un an ou deux ans, qui a donné ouverture à la demande, suivant l'*art.* 58, les délais portés par l'*art.* 48 ne doivent commencer à courir que du jour de l'expiration du temps d'un an ou de deux ans.

Il ne suffit pas que l'assuré ait fait son délaissement dans le terme réglé par l'*art.* 48, si la demande en paiement de la somme assurée n'est pas aussi donnée dans ce terme. C'est ce qui résulte des termes de l'*art.* 48, où il est dit : « Les délaissements et toutes demandes en exécution de la « police, seront faites aux assureurs dans, etc. » Cela a été ainsi jugé par arrêt du parlement d'Aix, du 30 juin 1759, contre le sieur Gremon, qui avoit fait son délaissement

dans le terme, et n'avoit donné sa requête aux fins du paiement de la somme assurée, que cinq jours après l'expiration du terme.

154. La reconnoissance de l'assureur, par lui écrite au bas de la police, par laquelle il reconnoît avoir été averti de la perte, et promet de payer lorsqu'elle aura été liquidée, fait cesser la fin de non recevoir, et perpétue l'action de l'assuré jusqu'à trente ans. Vaslin, sur l'*art.* 48, cite un arrêt d'Aix du 27 mars 1751, qui a jugé qu'une simple attestation donnée par le courtier ou par le notaire, de l'avertissement fait à l'assureur, et de sa promesse de payer, suffisoit pour faire cesser la fin de non recevoir. La décision de cet arrêt me paroît souffrir beaucoup de difficulté, et je ne crois pas qu'on se contentât au parlement de Paris d'un tel certificat. L'ordonnance, *au tit. des Assurances, art.* 42, ordonne qu'il soit fait une signification aux assureurs. Leur reconnoissance qu'ils ont été avertis, équipolle bien à cette signification; mais un certificat d'un courtier ou même d'un notaire, qui, par rapport à ce certificat, n'est qu'une personne privée, ne peut pas équipoller à une signification juridique que l'ordonnance exige.

155. Une seconde espèce d'exception, est lorsque les assureurs opposent contre la demande de la somme assurée, que la perte des effets assurés n'est pas suffisamment justifiée par les attestations produites par l'assuré, ou qu'il n'est pas justifié que l'accident qui en a causé la perte, fût une force majeure dont les assureurs sont garants. Les assureurs, sur cette exception, peuvent être admis à faire une preuve contraire aux attestations produites par l'assuré; *art.* 61.

156. Enfin une troisième espèce d'exception, est lorsque les assureurs opposent que la somme assurée qui leur est demandée, excède la valeur des effets que le demandeur avoit sur le navire; ou du moins qu'elle excède la valeur de ce qui en restoit à assurer, si par une précédente police on avoit déja fait assurer une somme sur lesdits effets.

Les assureurs, pour établir cette exception, sont admis

à faire la preuve contraire de ce qui résulte des pièces signifiées par le demandeur pour établir la quantité et la valeur des marchandises de son chargement.

Les assureurs sont admis à la preuve contraire de l'estimation, même lorsqu'elle est portée par la police. C'est ce qui résulte de l'*art.* 8, où il est dit : « Si l'assurance est « faite sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès.... l'es- « timation en sera faite par la police; *sauf à l'assureur,* « *en cas de fraude,* de faire procéder à une nouvelle esti- « mation. »

M. Vaslin prétend que pour que les assureurs soient écoutés à alléguer qu'il y a fraude dans l'estimation, et pour qu'ils soient en conséquence reçus à une nouvelle estimation, il faut qu'ils soutiennent qu'il y a lésion au moins du quart, dans l'estimation portée par la police; mais il n'apporte aucune autorité pour fonder son avis.

Les assureurs doivent être admis à cette preuve, quand même par une clause expresse de la police, ils auroient renoncé à demander une autre estimation que celle portée par la police. Cette clause a été proscrite avec raison par plusieurs sentences de l'amirauté du palais, comme tendante à éluder la disposition de l'*art.* 22, et à permettre les fraudes qui se commettent par les fausses estimations : or *conventio ne dolus præstetur, rata non est;* l. 17, ff. *commod.*

157. Cette exception, lorsque les assureurs l'établissent, tend à faire réduire la somme assurée qui leur est demandée, à la valeur du chargement, ou de ce qui en restoit à assurer, s'il y avoit déja eu de précédentes assurances.

Elle peut même quelquefois tendre à faire débouter entièrement l'assuré de sa demande, lorsqu'il y a preuve de la fraude, c'est-à-dire, de la connoissance que l'assuré avoit, lors du contrat, que la somme qu'il faisoit assurer excédoit la valeur de son chargement, ou de ce qui en restoit à assurer; ou même seulement lorsqu'il y a présomption de cette fraude, par le recel qu'il a fait de quelqu'une des as-

surances, lors de la déclaration qu'il a faite par son délaissement, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 141.

§. VII. De la condamnation qui intervient sur cette action; du terme qu'ont les assureurs pour payer la somme assurée, et des déductions qu'ils peuvent faire.

158. L'assuré, après qu'il a fait son délaissement, et qu'il a établi la quantité et la valeur des effets assurés, et leur perte, doit, lorsque la somme assurée n'en excède pas la valeur, en obtenir la condamnation contre les assureurs.

Cette condamnation est définitive, lorsque les assureurs n'opposent rien contre les actes par lesquels l'assuré établit la valeur et la perte des effets assurés. Mais lorsque les assureurs sont reçus à faire la preuve du contraire de ce qui est établi par les attestations que l'assuré a produites, ils ne laissent pas, à la vérité, de devoir être condamnés au paiement de la somme assurée, parceque la provision est due au titre; mais la condamnation ne doit être que provisionnelle, et à la charge que l'assuré donnera bonne et suffisante caution pour la restitution de la somme, s'il est dit en fin de cause, que faire se doive. C'est la disposition de l'*art.* 61.

Lorsque la somme assurée n'est pas liquide, il ne doit intervenir de condamnation qu'après la liquidation.

159. L'ordonnance, *art.* 44, accorde aux assureurs, pour le paiement de la somme assurée, un terme de trois mois, qui commence à courir du jour que l'assuré leur a fait signifier son délaissement.

Il ne suffit pas, pour faire courir ce terme, que l'assuré ait fait signifier aux assureurs la nouvelle qu'il a reçue de la perte des effets assurés : ce terme ne commence à courir que du jour qu'il leur a signifié son délaissement; *voyez l'art.* 44.

Ce terme n'a lieu que lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées autrement; elles peuvent, par la police, convenir d'un terme ou plus long ou plus court; *voyez l'art.* 44.

160. Sur la somme assurée que les assureurs sont con-

damnés de payer, il doit leur être fait déduction de la *prime* convenue, qui leur est due par l'assuré; à moins que par une clause particulière de la police, il n'ait été convenu que la somme assurée seroit payée, sans aucune déduction de *prime*, laquelle ne seroit due qu'en cas d'heureuse arrivée du vaisseau.

Lorsque la somme assurée, s'étant trouvée excéder la valeur des effets assurés, a souffert une réduction, la *prime* dont les assureurs ont la déduction, souffre une réduction dans la même proportion. Mais il doit être fait en ce cas aux assureurs une déduction d'un demi pour cent de ce qui a été retranché de la somme assurée.

Lorsque l'assuré a reçu quelque somme pour le prix des effets assurés dont il a fait le délaissement, il en doit aussi faire déduction aux assureurs.

ARTICLE II.

De l'obligation d'indemniser des avaries.

161. La seconde espèce d'obligation que les assureurs contractent par le contrat d'assurance envers l'assuré, est celle de l'indemniser des avaries causées par quelqu'un des accidents, du risque desquels ils se sont chargés.

On appelle *avaries*, comme nous l'avons déja dit, non-seulement la perte et la détérioration des choses assurées; comme lorsqu'elles ont été répandues, brisées, mouillées, ou autrement endommagées de quelque manière que ce soit; il n'est pas douteux que les assureurs sont tenus d'en indemniser l'assuré : on appelle aussi *avaries* les frais extraordinaires auxquels un accident de force majeure a donné lieu, tels que ceux qu'il a fallu faire pour sauver les marchandises assurées, d'un naufrage, d'un échouement, et les rembarquer. Les assureurs sont-ils aussi tenus d'indemniser de ses frais l'assuré? *Voyez suprà, n.* 49.

Les assureurs sont-ils tenus d'indemniser l'assuré, non seulement des avaries simples, mais encore de la perte pour laquelle les effets assurés doivent contribuer aux avaries communes? *Voyez suprà, n.* 52.

Lorsque les assureurs ont indemnisé l'assuré des pertes et dommages qui ont été causés pour le salut commun, dans les marchandises assurées, ils doivent être subrogés aux droits de l'assuré, dans la contribution qui doit se faire en ce cas.

162. Les assureurs ne sont censés s'obliger à indemniser l'assuré des avaries qui pourront survenir pendant le temps que doit durer l'assurance, que dans le cas auquel elles seroient un peu considérables. Assez souvent on s'en explique par la police, en stipulant que les assureurs ne seront tenus des avaries, si elles n'excèdent tant pour cent, etc. Lorsque les parties ne s'en sont pas expliquées, l'ordonnance, *art.* 47, défend de faire aucunes demandes d'avaries, si elles n'excèdent *un pour cent.*

De là naît une question. J'ai fait assurer une somme de 10,000 livres sur un chargement de pareille somme que j'ai sur un vaisseau; et il est dit par la police, que les assureurs ne seront tenus des avaries, si elles n'excèdent *trois pour cent.* J'ai souffert des avaries qui montent à cinq cents livres; je demande aux assureurs cette somme. Sont-ils fondés à me faire déduction sur cette somme, de celle de trois cents livres, jusqu'à concurrence de laquelle ils devoient n'être pas tenus des avaries, suivant la clause de leur police? Vaslin, *sur cet art.* 47, dit que les usages des différentes places sont différents; qu'à Rouen on accorde aux assureurs cette déduction, et qu'on la leur refuse à la Rochelle. L'usage de la Rochelle me paroît le plus conforme au sens grammatical. Il me semble que suivant le sens grammatical, pour que les assureurs fussent fondés à prétendre cette déduction, il faudroit qu'il fût dit que *les assureurs ne seront tenus des avaries que jusqu'à concurrence de ce qu'elles excéderont trois pour cent.* Mais ces termes, *si elles n'excèdent trois pour cent,* n'expriment que la condition sous laquelle les assureurs s'obligent à payer les avaries; ils n'expriment que le cas auquel ils en doivent être tenus. Il en est de cette clause comme de celle par laquelle un vendeur, après avoir déclaré la contenance

de l'héritage qu'il vend, stipuleroit que l'acheteur ne pourroit avoir de recours contre lui pour défaut de contenance, si ce défaut n'excédoit la quantité d'un demi-arpent, et qu'il se trouvât cinquante-deux perches de moins : le vendeur seroit mal fondé à prétendre qu'il ne doit faire raison à l'acheteur que du défaut de contenance de deux perches. Néanmoins j'apprends que l'usage du parlement de Rouen est aussi suivi à l'amirauté du palais à Paris, où ressortit l'amirauté de la Rochelle : la cause des assureurs est très-favorable.

163. Quelquefois on stipule par la police, que les assureurs ne seront pas tenus des avaries, ou qu'ils seront *francs d'avaries*. Le sens de cette clause est, qu'ils ne se chargent que des accidents qui causent une perte entière des effets assurés, et qui donnent lieu au délaissement, et qu'ils ne se chargent point de tous les autres; *voyez* quels sont ces cas, *suprà*, *n.* 115.

164. De l'obligation que contractent les assureurs envers l'assuré, de l'indemniser, par rapport aux choses assurées, de toutes les pertes et dommages auxquels donnera lieu quelqu'un des accidents dont ils ont pris sur eux les risques, naît une action personnelle que l'assuré, ou ceux qui sont à ses droits, ont contre les assureurs ou leurs héritiers, pour leur demander cette indemnité.

L'assuré, pour fonder cette action, doit, de même que sur l'action dont nous avons traité dans l'article précédent, rapporter le connoissement, pour justifier que les marchandises perdues ou avariées, pour lesquelles il demande à être dédommagé, font et faisoient partie du chargement qu'il a fait assurer. Il doit aussi produire des attestations du maître du vaisseau ou des gens de l'équipage, pour justifier les avaries, et l'accident qui les a causées, sauf aux assureurs à faire preuve contraire. La détérioration des effets endommagés doit s'estimer par experts, dont les parties doivent convenir. On peut, pour cette estimation, comparer la valeur des choses portées par la police, à leur valeur présente. Par exemple, si une marchandise qui

avoit été estimée cent livres par la police, se trouve, au moyen de sa détérioration, n'être plus estimée que quarante livres, c'est une avarie de soixante livres dont les assureurs sont tenus.

165. Quelle que soit l'estimation des dommages, et à quelque somme qu'on fasse monter les avaries, lorsque la somme que j'ai fait assurer sur un chargement que j'ai sur un vaisseau, n'est pas de toute la valeur du chargement, mais seulement d'une partie; comme lorsque sur un chargement de 60,000 livres, j'ai fait assurer une somme de 40,000 livres, qui n'en fait que les deux tiers, le chargement n'étant en ce cas aux risques des assureurs que pour les deux tiers, et étant aux miens pour l'autre tiers, je ne puis prétendre contre eux que pour les deux tiers l'indemnité des *avaries* arrivées sur les effets dudit chargement.

166. Il ne peut y avoir lieu à cette action que lorsqu'il n'y a pas lieu à la première, soit parceque l'accident n'a pas causé une perte entière des effets assurés, soit parceque l'assuré a préféré cette action en paiement d'avarie, à celle qui, en lui donnant le droit de demander toute la somme assurée, l'auroit obligé à faire le délaissement.

De là naît la question de savoir, si l'assuré doit avoir le choix de ces actions, ou si au contraire, dans le cas d'une perte totale, les assureurs ne sont pas fondés à opposer contre la demande en paiement d'avaries, que ce n'est pas le cas de cette action, et que l'assuré doit leur faire le délaissement, après lequel ils lui paieront la somme assurée. *Vaslin*, sur cette question, décide que les assureurs ne sont pas fondés à demander le délaissement, qui n'est qu'une faculté accordée à l'assuré pour qu'il puisse demander le paiement de toute la somme assurée, et qu'il peut ne pas user de cette faculté. Cette décision me paroît souffrir beaucoup de difficulté, lorsque l'avarie est une avarie considérable, qui est de la somme, ou de presque toute la somme assurée. Si les assureurs n'étoient pas reçus dans ce cas à demander qu'on lui fît l'abandon, aux offres qu'ils

feroient de payer en entier la somme assurée, et qu'il fût permis à l'assuré, après qu'il auroit reçu en entier, ou presque en entier, par forme d'avarie, la somme assurée, de se réserver encore les débris du naufrage, il se trouveroit que *versaretur in lucro;* ce qui est contre l'esprit du contrat d'assurance, par lequel l'assuré doit seulement être dédommagé de la perte qu'il a soufferte, sans pouvoir retenir aucun profit.

167. Il nous reste à observer que cette action doit être donnée dans le même terme dans lequel doit être donnée celle dont nous avons traité en l'article précédent. L'ordonnance, *art.* 48, dit : Toutes *demandes en exécution de la police, seront faites dans, etc.* Ce mot, *toutes*, comprend cette action aussi bien que la précédente; c'est pourquoi l'assuré, après l'expiration des termes portés par ledit *article* 48, y doit être déclaré non recevable.

ARTICLE III.

De l'obligation que contractent les assureurs, en assurant la liberté d'une personne; et de l'action qui en naît.

168. Nous avons vu *suprà, n.* 30, que les personnes pouvoient faire assurer leur liberté, et que par cette espèce particulière de contrat d'assurance, les assureurs, pour une certaine *prime* que l'assuré leur donnoit, ou s'obligeoit de leur donner, s'obligeoient envers lui, au cas que dans le cours du voyage mentionné par la police, il fût fait captif ou prisonnier, de lui fournir une certaine somme pour sa rançon, et les frais de son retour.

La prise du vaisseau, et la captivité de l'assuré qui en résulte, donnent ouverture à cette obligation, et à l'action qui en naît, pour demander la somme que les assureurs se sont obligés de payer pour la rançon de l'assuré, et les frais de son retour.

169. L'assuré, pour pouvoir intenter utilement cette action, n'est tenu à autre chose qu'à rapporter une attestation de la prise, et de sa captivité, et la police d'assurance.

170. L'ordonnance ne s'est pas expliquée sur le temps dans lequel les assureurs doivent payer cette somme; mais il est évident que la rédemption d'un captif étant une cause qui requiert la plus grande célérité, les assureurs ne doivent pas jouir dans ce cas, pour le paiement de cette somme, du délai de trois mois, dont ils jouissent pour le paiement des sommes assurées sur des navires ou sur des marchandises. C'est pourquoi je pense qu'on doit suppléer en ce cas au silence de l'ordonnance, par le *Guidon de la mer*, qui dit, *chap.* 16, que les assureurs doivent payer la somme convenue pour la rançon, *dans la quinzaine* après la certification faite de la captivité.

Il est d'usage d'indiquer par la police une personne à qui cette somme sera payée. S'il n'y en a pas d'indiquée, elle doit être payée à la personne qui a une procuration du captif, ou qui auroit qualité pour recevoir en sa place.

171. Lorsque la personne qui a fait assurer sa liberté, et qui a été faite captive ou prisonnière, est morte avant que les assureurs aient été mis en demeure de payer la somme portée par la police, l'action qui a été ouverte par la captivité de la personne assurée pour le paiement de cette somme, passe-t-elle aux héritiers du captif? Je pense qu'elle leur passe, et qu'ils sont bien fondés à demander aux assureurs la somme portée par la police. La raison est, que ce n'est pas la rédemption du captif ou du prisonnier qui est l'objet de l'obligation que les assureurs ont contractée par le contrat d'assurance; elle n'est que la cause finale et le motif du contrat. L'objet de l'obligation des assureurs est la somme d'argent portée par la police, qu'ils se sont obligés de payer : or le droit qui résulte d'une obligation d'une somme d'argent, est un droit de nature à passer aux héritiers de la personne envers qui elle a été contractée.

Par la même raison, si ayant fait assurer ma liberté, l'obligation, et l'action qui en naît, ont été ouvertes à mon profit, par la captivité de ma personne, et que je me sois sauvé avant que j'aie demandé la somme portée par la po-

lice, je ne laisserai pas d'être fondé à demander aux assureurs cette somme, quoique je n'en aie plus besoin pour ma rançon.

Il en seroit autrement, si par la police d'assurance par laquelle quelqu'un a fait assurer sa liberté, les assureurs n'avoient pas promis de payer une somme, mais de le délivrer au cas qu'il fût pris : en ce cas, ce seroit le fait même de la rédemption de cette personne, qui seroit l'objet de l'obligation des assureurs. Ce fait étant un fait personnel à la personne envers qui l'obligation a été contractée, l'action qui naît de l'obligation de ce fait n'est pas transmissible aux héritiers de cette personne. (*Traité des Obligations, n.* 674.)

C'est pourquoi, si le captif est mort avant que ses assureurs aient été mis en demeure de le délivrer, ces assureurs sont entièrement quittes de leur obligation, et les héritiers du captif n'ont aucune action contre eux.

Par la même raison, si le captif a trouvé le moyen de s'évader avant que ses assureurs aient été mis en demeure de le délivrer, ils sont quittes de leur obligation; car l'assuré ne peut plus demander qu'on le rachète, puisqu'il n'est plus captif; le fait qui faisoit l'objet de l'obligation des assureurs, étant devenu un fait impossible, l'obligation de ce fait est éteinte.

Mais si les assureurs avoient été mis en demeure de satisfaire à leur obligation, et de racheter le captif avant sa mort ou son évasion, l'obligation des assureurs ayant été, par leur demeure, convertie en une obligation de dommages et intérêts, et par conséquent en une obligation d'une somme d'argent, l'action qui en naît subsiste, nonobstant sa mort ou son évasion.

172. Si ceux chez qui l'assuré est captif ou prisonnier, demandoient une somme exorbitante pour sa rançon, les assureurs qui n'ont limité aucune somme par la police d'assurance, seroient-ils obligés de la donner? Je pense que les assureurs ne seroient, en ce cas, obligés de donner au captif pour sa rançon, que la somme à laquelle ils ont

pu prévoir que pourroit monter au plus haut prix la rançon de l'assuré, eu égard à sa qualité. La raison est, que suivant les principes établis en notre *Traité des Obligations, n.* 164, les obligations qui naissent des conventions, étant fondées sur la volonté que la personne qui a contracté l'obligation a eue de s'obliger, elles ne peuvent pas excéder ce à quoi il paroît que la personne qui a contracté l'obligation a voulu s'obliger. Or les assureurs, dans cette espèce, n'ont voulu ni entendu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle ils pouvoient prévoir que monteroit la rançon; ils n'ont pas voulu s'obliger *in infinitum :* ils ne sont donc obligés à autre chose qu'à payer au captif la somme à laquelle s'estime ordinairement au plus cher la rançon d'un captif de sa qualité. Il en est de cette espèce comme de celle dans laquelle quelqu'un se seroit obligé de m'acheter à ses frais la chose d'autrui. Il n'est tenu de l'acheter que *æquo pretio :* si le propriétaire ne la veut vendre que pour un prix exorbitant, il n'est tenu qu'à me donner le juste prix de cette chose.

173. Outre l'obligation principale que les assureurs contractent envers l'assuré de lui payer, au cas qu'il soit pris, la somme portée par la police pour sa rançon, et les frais de son retour; ou s'il n'y a pas de somme limitée par la police, celle qui sera nécessaire pour cela, les assureurs contractent encore une obligation secondaire, qui est celle de payer à l'assuré la peine portée par la police, en cas de retard de leur part de satisfaire à l'obligation principale, pour tenir lieu à l'assuré des dommages et intérêts qu'il souffre de ce retard.

Il paroît par l'*art.* 9 *du tit. des Assurances,* que cette peine fait partie de ce que doit contenir la police d'assurance.

Si l'on avoit omis dans la police d'y faire mention de la peine, les assureurs n'en seroient pas moins tenus des dommages et intérêts de l'assuré, que leur retard retient dans la captivité; et il faudroit en ce cas les estimer eu égard au genre de la captivité, et à la qualité de la personne.

174. Tout ce que nous avons dit sur l'obligation et l'action qui naissent de l'assurance de la liberté d'une personne, a également lieu, soit que l'assurance ait été faite pour un voyage de mer, soit qu'elle ait été faite pour un voyage de terre; *putà*, si un pélerin qui se propose d'aller à Jérusalem, dans la crainte d'être pris en chemin par les Arabes, se faisoit assurer sa liberté par des assureurs.

On doit en ce cas limiter par le contrat le temps que pourra durer le voyage, et le plus long temps ne doit pas excéder *trois ans*. Si l'accident de la personne assurée n'arrive qu'après l'expiration de ce temps, les assureurs n'en sont pas tenus, quelque excuse qu'elle allègue, que son voyage a été retardé par maladie, ou par quelque autre accident. *Guidon de la mer, chap.* 16.

SECTION II.

Des obligations de l'assuré, qui naissent de la nature du contrat.

175. L'assuré, par le contrat d'assurance, contracte envers les assureurs l'obligation de leur payer la *prime*, c'est-à-dire la somme convenue pour le prix de l'assurance. Voyez ce que nous avons déja dit *suprà, chap.* 1, *art.* 3, §. 2.

L'assuré contracte ordinairement cette obligation purement et simplement; et en ce cas il doit la *prime*, soit que le vaisseau arrive à bon port, soit qu'il périsse.

Quelquefois néanmoins, par une clause particulière de la police, l'assuré ne s'oblige au paiement de la *prime* que sous la condition et au cas *que le vaisseau arrivera à bon port;* et il stipule que dans le cas contraire, la somme assurée lui sera payée, sans aucune déduction de *prime*, comme il a déja été dit *suprà, n.* 162.

176. Quoique l'obligation de payer la *prime* ait été contractée purement et simplement, néanmoins comme la *prime* est le prix des risques que doivent courir les assureurs, et qu'il ne peut pas y avoir de prix des risques lorsque les assureurs n'en ont couru aucuns, cette obligation

de payer la *prime* renferme par sa nature cette condition tacite, *si les assureurs courent des risques.*

De là il suit que lorsqu'un armateur a fait assurer son vaisseau pour un certain voyage; si le voyage a été entièrement rompu avant le départ du vaisseau, quoique par le fait de l'assuré, la *prime* ne sera pas due aux assureurs, parceque le vaisseau n'étant aux risques des assureurs que du jour qu'il a mis à la voile, comme nous l'avons vu *suprà*, ils n'ont en ce cas couru aucuns risques; et si elle leur avoit été déja payée, ils seroient tenus de la rendre, *condictione sine causâ*, comme l'ayant reçue indûment. C'est la disposition de l'*art.* 27.

Pareillement, si des marchands ont fait assurer des marchandises qu'ils se proposoient de charger sur un certain vaisseau, et que ces marchands ayant changé d'avis, le chargement ne se soit pas fait, la *prime d'assurance* de ces marchandises ne sera pas due aux assureurs, qui n'ont en ce cas couru aucun risque.

177. Au lieu de la *prime* qui n'est pas due dans ce cas aux assureurs, lorsque c'est par le fait de l'assuré que le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution, l'assuré doit aux assureurs, pour dommages et intérêts de l'inexécution du contrat, *demi pour cent* de la somme assurée. C'est une des obligations que l'assuré contracte par la nature du contrat d'assurance. L'ordonnance, *art.* 57, a fixé à *demi pour cent* les dommages et intérêts des assureurs, résultants de l'inexécution du contrat par le fait des assurés, en permettant par cet article aux assureurs de le retenir en ce cas sur la *prime* qu'ils doivent restituer.

S'ils n'avoient pas encore reçu la *prime*, ils auroient la voie d'action pour exiger ce *demi pour cent.*

178. Ce *demi pour cent* étant dû pour les dommages et intérêts de l'inexécution du contrat d'assurance par le fait de l'assuré, il s'ensuit que lorsque ce n'est point par le fait de l'assuré que le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution, l'assuré ne doit pas ce *demi pour cent.* Par exemple, si c'est l'incendie du vaisseau par le feu du ciel, avant

son départ, qui a empêché l'exécution du contrat d'assurance, les assureurs ne peuvent prétendre en ce cas le *demi pour cent;* car l'inexécution du contrat ne provient pas en ce cas du fait de l'assuré, mais d'une force majeure, dont l'assuré ne peut être tenu, suivant le principe, *Nemo præstat casus fortuitos.* L'assureur qui souffre de l'inexécution du contrat ne peut donc pas en ce cas s'en prendre à l'assuré, ni lui demander le dédommagement du *demi pour cent.* Il est contre tous les principes qu'une partie soit tenue de l'inexécution d'un contrat, lorsque ce n'est pas par sa faute, mais par une force majeure que le contrat n'est pas exécuté.

Ceux qui soutiennent que l'assuré doit le *demi pour cent,* quoique ce soit par une force majeure que le voyage a été rompu, tirent argument de ces termes de l'*art.* 37, *même par le fait des assurés.* Cet argument disparoîtra par l'explication que je vais donner de cet article, et que je crois être la véritable : la voici. Quoique régulièrement il ne doive pas être au pouvoir d'une partie de rendre par son fait le contrat nul, et qu'en conséquence il pût paroître que les assurés ne peuvent pas, en rompant le voyage, rendre nul par leur fait le contrat d'assurance, et se décharger de l'obligation qu'ils ont contractée de payer la *prime;* néanmoins *si le voyage est entièrement rompu avant le départ du vaisseau, même par le fait des assurés, l'assurance demeurera nulle, et l'assureur restituera la* prime, *à la réserve du demi pour cent,* qu'il retiendra pour tous dommages et intérêts résultants de l'inexécution du contrat par le fait des assurés.

Pourroit-on dire que le contrat n'a pas eu son exécution par le fait de l'assuré, et qu'il dût en conséquence être tenu du *demi pour cent,* si l'incendie étoit arrivé par un défaut de soin de la part de l'assuré, ou de ses gens? Je ne pense pas que même en ce cas il y eût lieu aux dommages et intérêts du *demi pour cent,* pour l'inexécution du contrat d'assurance. On ne peut pas même, en ce cas, dire que c'est par le fait de l'assuré qu'il n'a pas eu son exécution. Le défaut de soin de l'assuré ou de ses gens,

qui donne lieu à l'incendie du vaisseau, et à l'inexécution du contrat, ne peut pas être regardé vis-à-vis des assureurs comme un fait de l'assuré, dont il soit responsable envers eux, n'ayant contracté envers eux aucune obligation d'apporter du soin à la conservation de sa propre chose.

179. On ne peut pas dire que ce soit par le fait de l'assuré que le contrat n'a pas eu son exécution, et il n'y a pas par conséquent lieu à la peine du *demi pour cent*, dans le cas auquel le contrat est nul de plein droit, parcequ'on a fait assurer une chose que les assureurs devoient savoir, aussi bien que l'assuré, n'être pas susceptible de ce contrat; comme lorsqu'on a fait assurer la vie d'une personne libre, contre la défense de l'*art.* 10.

180. De même que l'entière inexécution du contrat d'assurance par le fait ou sans le fait de l'assuré, fait cesser entièrement l'obligation de payer la *prime*, et donne même lieu à la restitution, lorsqu'elle a été payée; de même lorsque le contrat n'a eu exécution que pour une partie de la somme assurée, l'obligation de la *prime* cesse quant à la partie pour laquelle le contrat n'a pas eu exécution, et cette *prime* doit être restituée pour cette partie, si elle avoit déja été payée. Cette restitution s'appelle, en terme de marine, *ristourne*. Par exemple, si j'ai fait assurer une somme de 40,000 liv. sur un chargement qui s'est trouvé n'être que de la valeur de 30,000 liv., et qu'en conséquence l'assurance n'ait eu lieu que pour 30,000 liv.; l'assurance n'ayant son exécution que pour les trois quarts de la somme assurée, la *prime* ne sera due que pour les trois quarts, et si elle a été payée en entier, les assureurs seront tenus d'en rendre le quart. Mais comme c'est par le fait de l'assuré, qui a fait une fausse estimation de son chargement, que l'assurance n'a pas lieu pour le quart qui a été retranché de la somme assurée, il devra, par forme de dommages et intérêts, le *demi pour cent* de ce quart, comme nous l'avons déja vu *suprà*, *n.* 77.

L'assuré est recevable à demander la réduction de la *prime*, lorsque les assureurs ont fait réduire la somme as-

surée. Mais lorsque les assureurs ne se plaignent pas de la somme assurée, comme dans le cas de l'heureuse arrivée du vaisseau, l'assuré ne seroit pas recevable à demander la réduction de la *prime*, sous le prétexte qu'il prétendroit que la somme assurée étoit sujette à réduction, et excédoit la valeur des effets assurés : car il n'est pas recevable à impugner son propre fait. Néanmoins si l'assuré, comptant de bonne foi qu'on lui envoyoit un retour de 20,000 liv., avoit fait assurer ce retour sur le pied de 20,000 liv., et qu'à l'arrivée du vaisseau, le retour ne se trouvât que de 10,000 liv., l'assuré dans ce cas n'étant pas de mauvaise foi, pourroit demander la ristourne, c'est-à-dire, la restitution de la moitié de la *prime* qu'il a payée, sauf le *demi pour cent.*

181. Lorsque les assureurs ont commencé à courir les risques de toute la somme assurée, la *prime* entière leur est dès-lors acquise et due irrévocablement, quand même le voyage pour lequel l'assurance a été faite auroit été raccourci. C'est la disposition formelle de l'*art.* 36.

L'ordonnance ne distingue point si le voyage a été peu ou beaucoup raccourci. C'est pourquoi quand même le vaisseau n'auroit fait que sortir du port, y seroit rentré peu après, et n'en seroit plus sorti, cela suffiroit pour que la *prime* fût entièrement due aux assureurs. Il suffit, pour qu'elle leur soit irrévocablement due, qu'ils aient commencé à courir pendant quelque temps, quelque court qu'il ait été, les risques dont elle est le prix. C'est pourquoi en l'*art.* 37, elle n'ordonne la restitution de la *prime* que lorsque le voyage est rompu *avant le départ du vaisseau :* d'où il suit, *à contrario*, que lorsque le vaisseau est une fois parti, et que par son départ les risques ont commencé, la *prime* est entièrement acquise, et est due irrévocablement aux assureurs. C'est l'avis de Vaslin sur cet article.

Cet auteur va plus loin, et il prétend que ce qui est porté par l'*art.* 37, que la *prime* sera rendue lorsque le voyage aura été rompu *avant le départ du vaisseau*, doit s'entendre du cas auquel les risques ne commencent qu'au temps

du départ du vaisseau; comme lorsque c'est le vaisseau qui a été assuré, ou lorsque dans une assurance de marchandises il a été stipulé par une clause particulière, qu'elles ne commenceroient à être aux risques des assureurs que du jour du départ du vaisseau. Mais hors ces cas, lorsque les marchandises assurées ont été chargées sur le vaisseau, ou sur des gabarres pour y être portées; ayant dès-lors commencé à être aux risques des assureurs, la *prime*, suivant cet auteur, leur est dès-lors due irrévocablement, et n'est sujette à aucune restitution, quand même le voyage auroit été rompu depuis, même avant le départ du vaisseau.

Les personnes que j'ai consultées, m'ont assuré que cette décision de M. Vaslin étoit constante dans l'usage, et qu'il suffisoit que les risques eussent commencé, pour que la *prime* fût acquise irrévocablement aux assureurs.

182. Ce principe, que la *prime* est due en entier et irrévocablement aux assureurs aussitôt qu'ils ont commencé de courir les risques des effets assurés, quelque abrégé qu'ait depuis été le temps pendant lequel ils les ont courus, reçoit trois exceptions.

La première est, lorsque la *prime* a été convenue à raison de tant par chacun jour ou par chacun mois du temps que durera le voyage. Il est évident qu'une *prime* de cette nature ne peut être due qu'à proportion du temps qu'aura duré le voyage, telle ayant été la convention des parties.

183. La seconde exception est, lorsque pour une assurance de marchandises, on est convenu d'une seule *prime*, tant pour l'aller que pour le retour, ce qui s'appelle *une prime liée :* en ce cas, si le vaisseau étant arrivé au lieu de sa destination, *il ne se fait pas de retour*, l'ordonnance veut que l'assureur soit tenu de rendre le tiers de la *prime*, s'il n'y a stipulation au contraire. C'est la disposition de l'*art.* 6.

La raison de cette disposition est, que cette *prime* en réunit deux, celle de l'aller, et celle du retour; c'est pourquoi elle est appelée *prime liée.* Les risques *pour aller* que les assureurs ont courus, leur ont bien fait gagner la *prime*

pour l'*aller*, dès qu'ils ont commencé de les courir; mais celle du *retour* ne leur est pas due, puisque n'y ayant pas eu de retour, on ne peut pas dire qu'ils aient au moins commencé d'en courir les risques.

Le temps du retour et les risques du retour étant ordinairement égaux aux temps et aux risques pour aller, la *prime* du retour paroîtroit devoir être la moitié de celle qui réunit les deux : pourquoi donc l'ordonnance n'ordonne-t-elle que la restitution du *tiers?* La réponse est, que ce que les assureurs retiennent de plus que la moitié de la *prime*, leur est accordé pour leur tenir lieu des dommages et intérêts résultants de l'inexécution du contrat d'assurance pour le retour. De là il suit qu'ils n'en peuvent prétendre d'autres, ni par conséquent prétendre en ce cas aucun *demi pour cent.*

184. La disposition de cet article est, dans le cas auquel *le vaisseau est parvenu* au lieu de sa destination. *Quid*, s'il étoit péri en chemin? Il n'y aura pas lieu à la restitution d'aucune partie de la *prime;* car par la perte du vaisseau le contrat d'assurance a reçu une entière consommation; les assureurs étant devenus, par cet accident, débiteurs de la somme entière qui a été assurée tant pour l'aller que pour le retour, il est juste que l'assuré leur doive de son côté la prime tant pour l'aller que pour le retour. C'est l'avis de *Vaslin*, sur l'*art.* 27, *p.* 73.

185. L'ordonnance dit, *il ne se fasse point de retour;* ce qui ne doit pas s'entendre du retour du vaisseau, mais en ce sens, si l'assuré ne charge aucunes marchandises en retour sur le vaisseau, qui représentent ou remplacent les marchandises assurées pour l'aller.

Quid, s'il en a chargé en retour, mais pour une somme moindre que la somme assurée? En ce cas, il n'y aura pas lieu à la restitution du tiers de la *prime liée*, qui est censée être la prime entière du retour, puisqu'en ce cas le contrat d'assurance a été exécuté en partie pour le retour. Mais comme il n'a été exécuté qu'en partie, et qu'il ne l'a pas été pour le surplus, on retranchera de ce tiers qui fait le total

de la *prime* du retour, une portion proportionnée à celle qui aura été retranchée de la somme assurée, et pour laquelle le contrat d'assurance n'a pas eu son exécution pour le retour.

Ceci s'éclaircira par un exemple. J'ai fait assurer 12,000 livres pour un chargement de valeur de pareille somme que j'avois sur un vaisseau, moyennant une *prime liée* pour l'aller et le retour, à raison de cinq pour cent, montant à six cents livres, que j'ai payées comptant aux assureurs. Le vaisseau étant arrivé au lieu de sa destination, je ne l'ai chargé en retour que d'un chargement de la valeur de neuf mille livres: en conséquence l'assurance ne pouvant avoir lieu que pour une somme au-delà de la valeur du chargement, l'assurance pour le retour doit souffrir retranchement d'un quart, et être réduite à la somme de neuf mille livres, valeur du chargement en retour. Par conséquent la *prime* du retour, qui est de la somme de deux cents livres, tiers de la *prime liée*, doit souffrir un pareil retranchement d'un quart, qui est d'une somme de cinquante livres, et les assureurs doivent me rendre cent cinquante livres.

186. L'article ajoute, *s'il n'y a convention contraire;* c'est-à-dire que les parties peuvent convenir de la restitution d'une plus grande ou d'une moins grande portion de la *prime* que le tiers, dans le cas auquel il n'y auroit pas de retour.

Pourroit-on valablement convenir que l'assureur ne rendroit rien dans ce cas? Cette convention n'a rien d'injuste, en supposant que l'assureur, en considération de cette clause, s'est contenté d'une moindre somme pour sa *prime*, que celle qu'il auroit exigée s'il eût été obligé d'en rendre le tiers, dans le cas où il ne se feroit pas de retour. Or c'est ce qu'on doit toujours supposer dans le for extérieur, lorsque pareille convention est intervenue; et par conséquent une telle convention doit être exécutée.

187. La troisième exception à la règle que la *prime* est due irrévocablement aux assureurs aussitôt que les risques ont commencé, est le cas auquel les assureurs feroient ban-

queroute pendant le temps des risques : car en ce cas celui qui a fait assurer, se trouvant n'être plus assuré, par la faillite des assureurs, est fondé à demander la résolution du contrat, et en conséquence la décharge de la *prime*, s'il ne l'a pas encore payée; ou la restitution, s'il l'a payée. Si, sur cette demande de l'assuré, les créanciers intervenoient, ils pourroient, en offrant à l'assuré une bonne et suffisante caution de l'assurance, le faire débouter de sa demande.

188. De l'obligation que contracte l'assuré de payer la *prime*, naît une action qu'ont les assureurs contre l'assuré pour en exiger le paiement.

Ils peuvent l'exiger incontinent après que le contrat a reçu sa perfection; *art.* 6. Voyez *suprà*, *n.* 8.

Cela a lieu, à moins que par une clause particulière de la police, les assureurs n'aient accordé un terme pour le paiement de la *prime*.

A plus forte raison, lorsque par une clause particulière on a fait dépendre l'obligation de la *prime*, de la condition de l'heureuse arrivée du vaisseau, on ne peut exiger la prime avant l'accomplissement de la condition.

189. Il reste à observer que les assureurs, lorsque la *prime* n'a pas été payée, ont un privilège sur les effets assurés pour en être payés. *Vaslin* sur l'*art.* 20, *page* 62, *in fine*, suppose ce privilège comme constant.

190. Outre l'obligation que l'assuré contracte de payer la *prime*, et celle de payer le *demi pour cent*, en cas d'inexécution du contrat par son fait, on doit encore compter parmi ses obligations qui naissent de la nature du contrat, celle qu'il contracte par le délaissement qu'il est tenu de faire de ce qui lui reste des effets assurés, afin de pouvoir demander la somme assurée dans les cas auxquels il y a lieu; sur quoi voyez ce qui en a été dit dans la section précédente, *art.* 1, §. 3.

SECTION III.

Des obligations que forme la bonne foi entre les parties dans le contrat d'assurance.

191. La bonne foi qui doit régner dans le contrat d'assurance, de même que dans tous les autres, oblige chacun des contractants de ne rien dissimuler à l'autre de ce qu'il sait sur les choses qui font la matière du contrat : car cette dissimulation est un dol, comme nous l'avons établi en notre *Traité du Contrat de Vente, n. 234 et suiv.*

Les risques qui sont à courir sur les effets assurés, étant une des principales choses qui font la matière du contrat d'assurance, chacun des contractants ne doit rien dissimuler à l'autre de tout ce qu'il sait sur ce qui peut augmenter ou diminuer ces risques. Par exemple, en temps de guerre, les assureurs qui ont connoissance du prochain retour de la paix, ne doivent pas le cacher à celui qui fait assurer, pour tirer de lui une *prime* plus considérable que celle qu'il voudroit donner, s'il avoit cette connoissance.

192. Cette espèce de dissimulation n'oblige guère que dans le for de la conscience ; et dans ce for, elle oblige les assureurs qui ont dissimulé la connoissance qu'ils avoient, à restituer ce qu'ils ont reçu de plus que ce qui auroit dû être le prix de l'assurance, si toutes les parties eussent eu cette connoissance.

Cette obligation a lieu, même en cas de perte du vaisseau ; et ils ne peuvent pas dire, pour s'en dispenser, qu'ils sont déja assez malheureux de payer la somme assurée : l'iniquité du prix de l'assurance est quelque chose d'indépendant de l'évènement. Quoique le vaisseau soit péri, il n'en est pas moins vrai qu'il a été assuré à un prix excessif, et par conséquent l'obligation de restituer ce qu'il y a d'excessif, ne subsiste pas moins.

193. L'assuré qui a dissimulé des risques considérables auxquels il savoit que le navire devoit être exposé, et qui

auroient augmenté considérablement le prix de la *prime*, s'ils eussent été connus des assureurs, peut-il, dans le for de la conscience, en cas de perte entière, exiger des assureurs la somme assurée, en leur faisant seulement déduction de la somme à laquelle eût dû monter la *prime*, s'il n'eût pas caché aux assureurs la connoissance qu'ils avoient de ces risques ? Je crois que l'assuré ne peut, dans ce cas, exiger des assureurs la somme assurée : car les assureurs n'ont pu équitablement être par le contrat chargés des risques que pour une *prime* équivalente au juste prix de ces risques, que l'assuré leur auroit payé lors du contrat, ou promis de leur payer. L'assuré leur ayant dissimulé malicieusement le juste prix des risques dont il se proposoit de les charger, en leur dissimulant la connoissance qu'il avoit de ce qui en augmentoit considérablement le prix; ne leur ayant par conséquent ni payé, ni promis de payer une *prime* qui fût le prix des risques dont il les chargeoit, il n'a pu équitablement les en charger, ni conséquemment exiger d'eux la somme assurée. Il n'est plus temps, après que le temps du risque est passé, et que la perte est arrivée, de leur offrir le prix du risque.

Tout ce que l'assuré peut en ce cas exiger des assureurs, c'est qu'ils lui rendent la *prime* qu'il leur a payée; car étant déchargés des risques, il ne leur est pas dû de *prime*.

194. Pourvu que les parties n'usent l'une envers l'autre d'aucune dissimulation ni d'aucun artifice, elles peuvent licitement se débattre sur le prix de l'assurance; et comme l'estimation des risques est quelque chose d'incertain, et très difficile à fixer, et qu'en conséquence le juste prix des risques doit avoir *magnam latitudinem*, la *prime*, qui est l'estimation des risques, ne sera pas censée, quelque forte ou quelque basse qu'elle soit, sortir des bornes du juste prix, même dans le for de la conscience.

A plus forte raison, dans le for extérieur, il ne doit pas y avoir lieu à la restitution pour cause de simple lésion dans le prix de l'assurance, si on n'allègue aucun dol.

Néanmoins si des assureurs avoient exigé d'un particu-

lier, pour le prix de l'assurance de ses effets, une *prime* beaucoup plus forte que celle qu'ils exigeoient dans le même temps des autres personnes avec qui ils faisoient de pareils contrats, en profitant de l'ignorance en laquelle étoit ce particulier, du cours de la place sur le prix des assurances, il n'est pas douteux qu'ils commettroient envers lui une injustice qui les obligeroit, dans le for de la conscience, à lui restituer l'excès de la prime : car ayant estimé eux-mêmes quel étoit le juste prix, par tous les contrats qu'ils ont faits avec les autres personnes, ils ne peuvent se dissimuler que celle qu'ils ont exigée de ce particulier, excède les bornes du juste prix.

195. La bonne foi ne permettant pas aux parties de se rien cacher sur les choses qui font la matière du contrat, il s'ensuit que l'assuré est obligé de déclarer aux assureurs la qualité des marchandises qu'il fait assurer, qui les rend sujettes à plus de risques; telles que sont les marchandises sujettes à coulage, comme nous l'avons vu *suprà*, *n.* 101.

Quoique l'ordonnance dispense l'assuré de cette déclaration à l'égard des marchandises qui doivent être chargées *en retour*, par la raison qu'ordinairement il ne sait pas quelles sont les marchandises qu'on lui enverra en retour; néanmoins, lorsqu'il le sait, il est obligé, dans le for de la conscience, de le déclarer.

196. L'obligation que la bonne foi impose aux parties de ne rien dissimuler de ce qu'elles savent sur les choses qui sont de la substance du contrat, ne concerne ordinairement que le for de la conscience. Il en est autrement de l'obligation qu'elle impose à chacune des parties, de ne pas induire l'autre en erreur, par de fausses déclarations, sur les choses qui sont de la substance de ce contrat : celle-ci concerne le for extérieur. Ces fausses déclarations peuvent donner lieu, dans le for extérieur, à faire prononcer la nullité du contrat; *putà*, lorsque l'assuré déclare aux assureurs que le vaisseau qu'il fait assurer, ou sur lequel sont les marchandises qu'il fait assurer, est un vaisseau armé de canons, quoiqu'il ne le soit pas; ou lorsqu'il leur a dé-

claré qu'il devoit partir *sous convoi*, quoiqu'il soit parti seul : car les risques à courir sur un vaisseau non armé, et qui part seul, étant plus considérables, la *prime*, qui est le prix de ces risques, doit être plus considérable aussi. D'où il suit que celle que les assureurs ont reçue, n'étant que le prix des risques d'un vaisseau qu'on supposoit faussement armé et escorté, n'étoit pas équivalente au prix des risques de ce vaisseau, qui n'étoit ni armé, ni convoyé, et que les assureurs n'ayant pas reçu l'équivalent du prix de ces risques, n'en ont pu être valablement chargés.

Cela a lieu quand même l'assuré auroit fait sans mauvaise foi cette fausse déclaration, étant lui-même dans l'erreur, et croyant que le vaisseau sur lequel il faisoit assurer étoit armé, et devoit être convoyé, quoiqu'il ne fût pas armé, et qu'il dût partir seul. Car il y a cette différence dans tous les contrats *intéressés*, entre le cas auquel l'une des parties ne dit pas ce qui est, et le cas auquel elle dit ce qui n'est pas. Dans le premier cas, elle n'est pas tenue de ne l'avoir pas dit, si elle ne le savoit pas, et si elle ne l'a pas malicieusement dissimulé : mais dans le second cas, elle est tenue, si ce qu'elle a dit ne se trouve pas véritable, et a induit l'autre partie en erreur; *debet præstare rem ità esse ut affirmavit.*

Il reste à observer qu'une partie ne peut se plaindre d'une fausse déclaration qu'autant qu'elle a été induite en erreur. S'il étoit établi qu'elle en sût elle-même la fausseté, elle ne seroit pas recevable à s'en plaindre.

SECTION IV.

Des juges qui doivent connoître des contestations auxquelles peuvent donner lieu les obligations qui naissent du contrat d'assurance.

197. C'est au siége de l'amirauté dans le ressort duquel le contrat d'assurance a été passé, que la connoissance des contestations auxquelles il peut donner lieu, est attribuée.

Néanmoins, suivant l'*art.* 70, lorsque la police porte la clause ordinaire par laquelle les parties soumettent à l'arbitrage les contestations qu'elles pourront avoir, l'une des parties peut, avant contestation en cause, malgré l'autre partie, obtenir le renvoi de la cause devant des arbitres.

Vaslin, sur cet article, observe à cet égard deux différences entre le contrat d'assurance et le contrat de société. Dans celui-ci, un associé, suivant l'*art.* 9 du *titre* 4 de l'ordonnance de 1673, est fondé à demander le renvoi devant des arbitres, sur les contestations qu'il a avec ses associés, quoiqu'ils n'y consentent pas, et qu'il n'y eût aucune clause à cet égard par le contrat de société. Au contraire, dans le contrat d'assurance, l'ordonnance ayant dit, *lorsque la police contiendra soumission à l'arbitrage*, déclare suffisamment que l'une des parties ne peut obtenir malgré l'autre le renvoi devant des arbitres, que dans le cas auquel cette clause se trouve dans la police, et non dans le cas auquel elle n'y est pas : *Inclusio unius est exclusio alterius.*

Au reste, il suffit qu'il y ait une clause par laquelle les parties se soient soumises à l'arbitrage, quoique par cette clause elles n'aient pas nommé les arbitres. En ce cas, la partie qui demande à être renvoyée devant des arbitres, peut, après en avoir nommé un de sa part, sommer l'autre d'en nommer un de la sienne; et faute par elle d'en nommer un, le juge en doit nommer un pour elle; *art.* 70.

Il y auroit plus de difficulté, si les arbitres étoient nommés par la police, et que l'un de ces arbitres fût mort, ou refusât d'accepter l'arbitrage : car au lieu que dans l'espèce précédente, les parties, en se soumettant à un arbitrage sans nommer les arbitres, sont censées s'être obligées d'en nommer; au contraire, dans cette espèce, les parties qui se sont soumises à l'arbitrage de certaines personnes, peuvent dire qu'elles n'ont entendu se soumettre qu'à l'arbitrage de ces personnes, qui étoient celles dans lesquelles elles avoient confiance, et non à l'arbitrage d'autres personnes.

198. Une seconde différence à cet égard entre le contrat d'assurance et le contrat de société, c'est qu'un associé peut, même après le procès commencé, et après contestation en cause, faire renvoyer la cause devant des arbitres; au lieu que dans le contrat d'assurance, quoiqu'il contienne une clause de soumission à l'abitrage, on n'est reçu qu'avant la contestation en cause, à demander le renvoi devant des arbitres.

La raison de ces deux différences est, que les contestations entre associés consistent dans des comptes et dans des discussions de faits, qui sont ordinairement très longues; au lieu que celles qui naissent sur les contrats d'assurance, pouvant ordinairement se décider beaucoup plus facilement, n'ont pas tant de besoin d'être renvoyées devant des arbitres.

On m'a fait observer que même dans le cas auquel la police portoit une clause expresse de soumission à des arbitres, les juges ne devoient renvoyer devant les arbitres les contestations que lorsqu'elles n'auroient pour objet que des questions de fait ou d'usage : mais lorsque la contestation a pour objet quelque question de droit délicate, que des arbitres négociants ne sont pas en état de décider, les juges peuvent, nonobstant la clause de soumission à l'arbitrage, retenir la cause. J'apprends que c'est l'usage de l'amirauté du palais, et que leurs sentences qui ordonnoient dans ce cas la rétention de la cause, ont été confirmées par arrêt, toutes les fois qu'il y en a eu appel.

199. Huitaine après la nomination des arbitres, la partie qui veut aller en avant peut produire entre les mains des arbitres, et signifier à l'autre qu'elle a produit, avec sommation d'en faire autant; et huitaine après ladite sommation, les arbitres peuvent, si bon leur semble, rendre leur sentence par forclusion; *art.* 71.

Ces sentences doivent être homologuées au siége de l'amirauté, sans qu'il soit permis au juge qui les homologue, d'entrer en connoissance du fond; *art.* 73.

L'appel s'en porte au parlement dans le ressort duquel est l'amirauté ; et il n'y doit être reçu qu'après le paiement de la peine, s'il y en a une stipulée par la soumission à l'arbitrage; *art.* 73.

Ces sentences sont exécutoires nonobstant l'appel, en donnant caution, *art.* 74.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT D'ASSURANCE.

TRAITÉ

DU CONTRAT DE PRÊT

A LA GROSSE AVENTURE.

ARTICLE PREMIER.

Le Contrat de Prêt *à la grosse Aventure* est un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le prêteur, prête à l'autre, qui est l'emprunteur, une certaine somme d'argent, à condition qu'en cas de perte des effets pour lesquels cette somme a été prêtée, arrivée par quelque fortune de mer, ou accident de force majeure, le prêteur n'en aura aucune répétition, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qui en restera; et qu'au cas d'heureuse arrivée, ou au cas qu'elle n'auroit été empêchée que par le vice de la chose, ou par la faute du maître ou des mariniers, l'emprunteur sera tenu de rendre au prêteur la somme avec un certain profit convenu, pour le prix du risque desdits effets dont le prêteur s'est chargé.

Ces contrats de prêts à la grosse aventure s'appellent aussi *simpliciter* contrats à la grosse. On les appelle aussi *contrats à retour de voyage*, parceque ordinairement le prêteur court les risques jusqu'au retour du navire, et qu'il n'a la répétition de la somme prêtée, que dans le cas et lors de l'heureux retour du vaisseau, quoique quelquefois les contrats se fassent pour l'aller seulement, et non pour le retour.

Ce contrat étoit en usage chez les Romains; c'est celui connu sous les noms de *nauticum fœnus*, ou de *contractus trajectitiæ pecuniæ*. Il en est traité dans les titres du Digeste et du Code *de nautico fœnore*.

2. Ce contrat est permis non seulement dans le for extérieur, mais même dans le for de la conscience, et il n'est point usuraire : car l'usure qui est défendue par les lois civiles et ecclésiastiques, consiste à exiger quelque chose au-delà de la somme prêtée, pour la récompense du prêt, *vi mutui :* mais dans ce contrat, le profit maritime qui est stipulé outre la somme prêtée, n'est pas la récompense du prêt, mais le prix des risques dont le prêteur s'est chargé à la décharge de l'emprunteur.

Par la nature du contrat de prêt, l'emprunteur est chargé des risques de la somme d'argent dont la propriété lui a été transférée par le contrat de prêt, et à plus forte raison du risque des choses auxquelles il a employé cette somme; et la perte qu'il en souffre, quoique par force majeure, ne le décharge pas de l'obligation qu'il a contractée de rendre au prêteur la somme qu'il lui a empruntée : *Incendium œre alieno non liberat debitorem;* l. 11, *Cod. si cert. pet.* Lors donc que par une convention particulière, le prêteur veut bien se charger de ce risque à la décharge de l'emprunteur, il n'est pas obligé de le faire pour rien; et comme ce risque est quelque chose d'appréciable, il peut licitement, pour se charger de ce risque, stipuler la somme à laquelle il aura été apprécié.

Observez néanmoins que quoique le profit maritime, quelque fort qu'il ait été stipulé par le contrat à la grosse, soit toujours censé, dans le for extérieur, n'être autre chose que le prix des risques maritimes, et par conséquent entièrement licite; néanmoins si l'intention des parties avoit été de comprendre dans ce profit, outre le prix des risques, la récompense du prêt et du crédit que le prêteur fait de la somme prêtée, ce profit seroit, jusqu'à concurrence de cette récompense du prêt qui y entreroit, illicite et usuraire dans le for de la conscience : c'est sur quoi les donneurs à la grosse doivent s'examiner. *Voyez* sur le profit maritime, *infrà, art.* 2, §. 4.

3. Le contrat de *prêt à la grosse* est, de même que le contrat de prêt ordinaire, un contrat *réel;* car il ne reçoit

sa perfection que par la tradition de la somme prêtée. C'est aussi un contrat *unilatéral;* car le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur par ce contrat : il n'y a que l'emprunteur qui contracte l'obligation de rendre la somme prêtée, avec le profit maritime, sous la condition qu'il n'arrive pas quelque accident de force majeure qui cause la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait.

4. Ce contrat est un contrat intéressé de part et d'autre; et il diffère en cela du prêt ordinaire, qui est un contrat de bienfaisance, qui ne concerne que l'intérêt du seul emprunteur, et ne renferme, de la part du prêteur, qu'un pur service qu'il rend à l'emprunteur, en lui accordant l'usage gratuit de la somme qu'il lui prête; au lieu que le contrat à la grosse se fait pour l'intérêt du prêteur aussi bien que pour celui de l'emprunteur. Le prêteur ne se propose pas, par ce contrat, de rendre service à l'emprunteur; mais il se propose de recueillir le profit maritime qu'il y stipule, s'il n'en est empêché par quelque accident.

5. Enfin le contrat à la grosse est du nombre des contrats aléatoires. Le risque de la perte des effets sur lesquels le prêt est fait, dont le prêteur se charge par ce contrat, y est évalué à un prix qui est le profit maritime, que l'emprunteur s'oblige de lui payer en cas d'heureuse arrivée.

6. Ce contrat est différent de tous les autres contrats, et il en forme une espèce particulière.

Le contrat auquel il ressemble le plus, est le contrat d'assurance maritime. Le prêteur, dans le contrat à la grosse, se charge, par rapport aux effets sur lesquels le prêt est fait, de tous les mêmes risques dont se chargent les assureurs par le contrat d'assurance, par rapport aux effets assurés.

S'il y a cette conformité entre ces deux contrats, il y a d'ailleurs plusieurs différences considérables.

1° Dans le contrat à la grosse, le prêteur fournit à l'emprunteur la somme de deniers qui sert à l'emplette des effets, du risque desquels le prêteur se charge. Au contraire,

dans le contrat d'assurance, les assureurs ne fournissent rien à celui qui fait assurer ses effets.

2° Dans le contrat à la grosse, le prêteur, en se chargeant des risques des effets sur lesquels le prêt est fait, ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur. La perte arrivée, par force majeure, des effets, du risque desquels le prêteur s'est chargé, ne rend pas l'emprunteur créancier du prêteur; mais elle empêche seulement l'emprunteur d'être débiteur de la somme qu'il a empruntée. Au contraire, dans le contrat d'assurance, les assureurs contractent envers l'assuré l'obligation de l'indemniser, jusqu'à concurrence de la somme assurée, de toutes les pertes et dommages soufferts par quelque accident de force majeure, dans les effets assurés, ou par rapport auxdits effets.

3° Le contrat à la grosse est, comme nous l'avons déja dit, un contrat *réel* et *unilatéral;* celui d'assurance est un contrat *consensuel* et *synallagmatique.*

Nous pourrons encore remarquer quelques autres différences *in decursu.*

ARTICLE II.

De ce qui compose la substance du contrat de prêt à la grosse aventure.

7. Cinq choses composent la substance de ce contrat : 1° une somme d'argent qui soit prêtée : 2° une ou plusieurs choses sur lesquelles le prêt soit fait : 3° des risques auxquels ces choses soient exposées, dont le prêteur se charge : 4° une somme convenue, que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur au cas d'heureuse arrivée, pour le prix des risques qu'il a courus; ce qui s'appelle *le profit maritime :* 5° le consentement des parties sur toutes ces choses.

§. I. De la somme prêtée.

8. Pour former un contrat de prêt *à la grosse aventure*, tel qu'il est en usage parmi nous, il faut une somme d'argent que l'un des contractants prête à l'autre, aux conditions usitées dans ce contrat.

Ce n'est pas que ce contrat ne pût être absolument sus-

ceptible d'autres choses que d'une somme d'argent; car ce contrat renfermant le contrat *mutuum*, auquel est jointe une convention par laquelle le prêteur se charge des risques, il peut être susceptible de toutes les choses dont l'est le contrat *mutuum*, c'est-à-dire, de toutes celles *quæ pondere, usu, numero et mensurâ constant, et quæ usu consumuntur;* l. 2, §. 1, ff. *de reb. cred.* : mais dans l'usage, on ne donne à la grosse que de l'argent.

§. II. Des choses sur lesquelles se fait le prêt à la grosse.

9. La partie qui emprunte une somme d'argent à la grosse aventure, l'emprunte sur certaines choses qui sont spécialement affectées, en cas d'heureuse arrivée, à la restitution de la somme prêtée, mais dont les risques maritimes auxquels elles sont exposées, doivent être supportés par le prêteur.

L'ordonnance de la marine, *tit. des Contrats à la grosse, art.* 2, nous apprend quelles sont les choses sur lesquelles se font ordinairement, à des armateurs, les prêts à la grosse aventure : il y est dit : *L'argent à la grosse pourra être donné sur le corps et quille du vaisseau, ses agrès et apparaux* (ce qui comprend les voiles, cordages, vergues, poulies, et autres ustensiles); *armement et victuailles* (ce qui comprend les canons et autres armes, les provisions de bouche et de guerre); *conjointement ou séparément, et sur le tout ou partie de son chargement.* Ce dernier mot doit s'entendre du chargement qui appartient à l'armateur à qui le prêt est fait; car il est évident qu'il ne peut emprunter que sur les choses qui lui appartiennent.

Lorsque ce n'est pas à l'armateur, propriétaire du vaisseau, mais à un marchand, qu'est fait le prêt à la grosse, il se fait sur le chargement que ce marchand a sur le vaisseau ou sur partie de ce chargement.

10. De même que c'est un principe, à l'égard des contrats d'assurance, qu'il n'est permis de faire assurer que ce qu'on a, et ce qu'on court risque de perdre, et qu'en conséquence il n'est pas permis de faire assurer des effets

pour une plus grande somme que leur valeur présente, c'est-à-dire pour une somme plus grande que celle à laquelle ces effets reviennent à celui qui les fait assurer, les frais de chargement compris, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat d'Assurance, n.* 149; de même dans le contrat à la grosse, il est défendu d'emprunter des deniers à la grosse sur le vaisseau ou sur les marchandises du chargement, au-delà de leur valeur; *Traité du Contrat à la grosse, art.* 3.

11. Il y a, à cet égard, une distinction à faire entre le cas auquel c'est sans fraude que l'emprunteur a fait un emprunt d'une somme au-delà de la valeur des effets sur lesquels il l'a fait, et celui auquel il y a eu fraude de sa part.

Au premier cas, lorsqu'il n'y a pas eu de fraude, c'est-à-dire, lorsqu'il ne paroît pas qu'au temps du contrat l'emprunteur eût la volonté d'emprunter au-delà de la valeur du chargement sur lequel il empruntoit, et que c'est contre son intention et contre ce qu'il se persuadoit, que son chargement s'est trouvé d'une valeur moins considérable que la somme empruntée; en ce cas la convention de *la grosse aventure* n'est pas entièrement annulée; elle subsiste jusqu'à la concurrence de la valeur des effets sur lesquels le prêt a été fait : et en conséquence, en cas de perte desdits effets, l'emprunteur sera déchargé, jusqu'à concurrence de la valeur desdits effets, de l'obligation de rendre la somme prêtée, qu'il ne rendra que pour le surplus; et aussi le prêteur, en cas d'heureuse arrivée, ne pourra prétendre le profit maritime que jusqu'à concurrence de la valeur desdits effets. A l'égard du surplus de la somme prêtée, il la répétera en l'un et en l'autre cas, soit de perte, soit d'heureuse arrivée, seulement *avec le change*, c'est-à-dire, avec l'intérêt au cours de la place, jusqu'au paiement, pour le dédommager de la privation de son argent.

Ceci s'éclaircira par un exemple. Supposons qu'un marchand a emprunté de bonne foi *à la grosse* une somme de 20,000 liv. sur un chargement qui s'est trouvé n'être que

de la valeur de 18,000 liv., et qu'il a été stipulé par ce contrat un profit maritime de 1,000 liv., la convention *de la grosse aventure* devant subsister jusqu'à concurrence de la valeur du chargement; en cas de perte entière du chargement par quelque accident de force majeure, le marchand sera déchargé de l'obligation de rendre la somme de 18,000 liv., et il ne sera tenu de rendre que celle de 2,000 liv., d'excédant, avec les intérêts de cette somme de 2,000 liv. au cours de la place; et en cas d'heureuse arrivée, comme le prêteur n'a pas couru les risques d'une somme de 2,000 livres, qui fait le dixième de celle de 20,000 liv., on lui fera sur la somme de 1,000 liv., stipulée pour profit maritime, déduction d'une somme de 100 liv., qui est le dixième de ce profit maritime; et il ne pourra pas exiger l'intérêt des 2,000 liv. au cours de la place.

Au second cas, qui est celui auquel il y a de la fraude de la part de l'emprunteur, c'est-à-dire, lorsqu'il savoit qu'il empruntoit au-delà de la valeur des effets sur lesquels il empruntoit, il n'y a pas lieu, comme dans le cas précédent, à une simple réduction de la convention de *grosse aventure;* mais elle est entièrement nulle, de telle manière que la perte entière desdits effets sur lesquels le prêt a été fait, ne décharge pas l'emprunteur de rendre en entier la somme qu'il a empruntée.

12. Notre distinction est fondée sur les *art.* 3 et 15 dudit titre.

L'article troisième dit : « Faisons défenses de prendre « deniers *à la grosse* sur le corps et quille du vaisseau, ou « sur les marchandises au-delà de leur valeur; à peine « d'être contraint, EN CAS DE FRAUDE, au paiement des « sommes entières, nonobstant la perte ou prise du vais- « seau. »

L'article quinzième, qui concerne l'autre cas, dit : « Si « toutefois celui qui a pris deniers *à la grosse,* justifie n'a- « voir pu charger des effets pour la valeur des sommes « prises *à la grosse*; » c'est-à-dire, s'il justifie que c'est sans fraude qu'il a emprunté au-delà de la valeur des effets sur

lesquels il a fait l'emprunt, et que c'est contre ce qu'il se proposoit lors du contrat, qu'il n'en a pas été chargé pour la valeur entière des sommes prises *à la grosse*.

Comme la fraude ne se présume pas, l'emprunteur doit être facilement écouté à justifier sa bonne intention. On doit se contenter qu'il allègue, pour se justifier, quelque chose de plausible.

L'article ajoute : « Le contrat, en cas de perte, sera « diminué à proportion de la valeur des effets chargés, et « ne subsistera que pour le surplus ; » c'est-à-dire, *le contrat de prêt*, en tant qu'il renferme l'obligation de rendre la somme prêtée, *sera diminué à proportion de la valeur*, c'est-à-dire, jusqu'à concurrence de la valeur des effets chargés, et l'emprunteur déchargé de rendre jusqu'à ladite concurrence la somme empruntée; et cela en conséquence de la convention de grosse aventure, laquelle n'est pas entièrement détruite, comme dans le cas de fraude, mais subsiste jusqu'à la concurrence des effets chargés. *Et ne subsistera que pour le surplus;* c'est-à-dire, l'emprunteur ne sera obligé de rendre que le surplus de ce dont la somme empruntée excède la valeur des effets sur lesquels le prêt a été fait, le contrat ne subsistant plus que pour cet excédant, et ayant été, par la perte desdits effets, résolu jusqu'à la concurrence de la valeur desdits effets.

13. L'article ajoute, « dont le preneur paiera le change, « suivant le cours de la place où le contrat aura été passé, « jusqu'à l'actuel paiement du principal. »

Pourquoi, dira-t-on, l'emprunteur est-il, par cet article, obligé à payer les intérêts de cet excédant, puisque le contrat subsiste à l'égard de cet excédant, comme un contrat de prêt ordinaire, qui ne peut produire intérêt, si ce n'est du jour que le débiteur a été constitué en demeure par une interpellation judiciaire? Je réponds que le prêteur n'a prêté cet excédant que parce qu'il croyoit que la valeur des effets sur lesquels il faisoit le prêt, égaloit la somme entière qu'il prêtoit; et que s'il eût connu la véritable valeur desdits effets, il n'eût pas prêté cet excédant. Comme c'est

par le fait de l'emprunteur qui a fait, quoique sans fraude, une fausse déclaration de la valeur des effets sur lesquels il empruntoit, que le prêteur a été induit dans l'erreur qui lui a fait faire ce prêt de l'excédant, qu'il n'eût pas fait sans cela, l'emprunteur doit lui payer les intérêts de cet excédant, par forme de dédommagement de l'usage qu'il en eût pu faire dans son commerce, s'il ne l'eût pas prêté.

14. De même qu'à l'égard du contrat d'assurance, il n'est permis de faire assurer que ce qu'on a déja, et qu'en conséquence il n'est pas permis aux armateurs de faire assurer le profit espéré de leurs marchandises; de même il est défendu par l'*art.* 4, aux armateurs, d'emprunter *à la grosse* sur le fret à faire de leur vaisseau, et aux marchands, sur le profit espéré de leurs marchandises.

La convention de *grosse aventure,* dans les emprunts qui seroient faits sur ces choses, est nulle; et en conséquence l'emprunteur est tenu de rendre la somme qui lui a été prêtée, aussi bien en cas de perte qu'en cas d'heureuse arrrivée du vaisseau ou des marchandises.

Le prêteur en ce cas ne peut pas, par la même raison, demander le profit maritime; il ne peut demander aucuns intérêts de la somme prêtée, si ce n'est du jour de la demande qu'il en fait : car il n'a pas été en ce cas induit en erreur par l'emprunteur, comme dans l'espèce précédente; il savoit, ou devoit savoir, aussi bien que lui, que ces choses n'étoient pas susceptibles du contrat *à la grosse.*

15. A l'égard des loyers des matelots, quoique l'ordonnance défende de les faire assurer, non seulement parcequ'il y a même raison, ces loyers ne leur appartenant pas encore, et ne devant leur appartenir que lors de l'heureuse arrivée du vaisseau, mais par une raison encore plus importante, de peur que cette assurance ne les rendît moins soigneux à la conservation du vaisseau, à laquelle ils n'auroient plus le même intérêt; néanmoins, à l'égard du contrat *à la grosse,* quoique les mêmes raisons subsistent pour leur défendre d'emprunter à la grosse sur leurs loyers, l'ordonnance leur permet cet emprunt, pourvu que deux

choses concourent : 1° pourvu que l'emprunt soit d'une somme au-dessous de la moitié du prix de leurs loyers; 2° pourvu que cet emprunt soit fait en présence et du consentement du maître du vaisseau; *art.* 4.

Lorsque le prêt est fait pendant le cours du voyage, il faut une troisième condition, qui est le consentement du commissaire. *Vaslin, sur ledit article.*

La peine du prêt fait *à la grosse* sur les loyers d'un matelot sans le consentement du maître, est une amende de 50 liv. contre le prêteur, et la confiscation du prêt; *art.* 5.

C'est-à-dire que le receveur de l'amiral, au profit de qui est cette confiscation, se fera payer à la place du prêteur, sur les loyers du matelot, de la somme prêtée.

Lorsque le prêt a été fait du consentement du maître, mais d'une somme qui excède la moitié des loyers; comme ce n'est pas en ce cas le prêteur, qui pouvoit ignorer le prix des loyers du matelot, qui est en faute, mais le maître qui le savoit, et qui ne devoit pas donner son consentement à ce prêt, la peine doit, en ce cas, tomber sur le maître. C'est pourquoi l'*art.* 6 veut que le maître soit en ce cas responsable de la somme entière qui a été prêtée, et tenu en son nom de la payer, nonobstant la perte ou la prise du vaisseau.

§. III. Des risques.

16. Il est de l'essence du contrat de prêt *à la grosse*, qu'il y ait des risques maritimes auxquels les choses sur lesquelles ce prêt est fait, soient exposées, puisque par ce contrat le prêteur en est chargé pour un certain prix.

Les risques dont le prêteur se charge par ce contrat, sont ceux de tous les cas fortuits qui causeroient la perte des effets sur lesquels le prêt est fait, dans le temps et dans les lieux des risques. C'est ce qui résulte de l'*art.* 11.

Le terme de *cas fortuit*, dans cet article, s'entend de la force majeure; *vis divina quæ præcaveri, et cui resisti non potest.* Il comprend tous les accidents de force majeure dont sont chargés les assureurs par le contrat d'assurance, et qui sont détaillés par l'*art.* 26 *du titre des As-*

surances. Tout ce que nous avons dit par rapport aux assureurs, dans notre *Traité du Contrat d'Assurance, chap.* 1, *art.* 2, §. 2, reçoit application aux prêteurs *à la grosse.*

17. L'article douzième, qui suit, dit : « Ne sera réputé « *cas fortuit* tout ce qui arrive par le vice propre de la chose, « ou par le fait des propriétaires, maîtres ou marchands « chargeurs, s'il n'est autrement porté par la convention. »

En cela les prêteurs à la grosse conviennent avec les assureurs; et tout ce que nous avons dit, à cet égard, en notre *Traité du Contrat d'Assurance, chap.* 1, *art.* 2, §. 3, par rapport aux assureurs, reçoit application aux prêteurs à la grosse.

18. Les prêteurs *à la grosse*, de même que les assureurs, ne sont chargés même des accidents de force majeure, que lorsqu'ils arrivent *dans le temps et dans les lieux des risques.*

Tout ce que nous avons dit en notre *Traité du Contrat d'Assurance, n.* 62 *et suiv.*, sur le temps auquel les assureurs commencent et cessent d'être chargés des risques, a pareillement lieu à l'égard des prêteurs *à la grosse.* Nous y renvoyons.

L'article dit, *et dans les lieux des risques.* L'ordonnance, par ces termes, fait entendre que si le vaisseau avoit fait un autre voyage que celui pour lequel le prêt *à la grosse* a été fait; ou si, sans faire un autre voyage, il avoit seulement changé de route, hors les cas de nécessité, sans que cela lui fût permis par la convention, le prêteur ne seroit pas tenu, non plus que les assureurs, des accidents survenus durant cet autre voyage, ou durant le changement de route. Tout ce que nous avons dit à cet égard dans notre *Traité du Contrat d'Assurance, n.* 63 *et suiv.*, par rapport aux assureurs, peut s'appliquer aux prêteurs *à la grosse.* Nous y renvoyons pareillement.

Enfin le prêteur n'est censé avoir voulu se charger, et n'est en conséquence tenu que des risques que les effets du chargement sur lequel le prêt a été fait, courront sur le vaisseau sur lequel il est dit, par le contrat, que ce chargement étoit ou devoit être fait. Mais s'ils ont été transférés dans un autre vaisseau, à moins que ce ne soit dans un

cas de nécessité, le prêteur ne sera pas tenu des risques qu'ils courront sur un autre vaisseau. On peut tirer argument pour notre décision, de tout ce qui a été dit à l'égard du contrat d'assurance, dans notre *Traité du Contrat d'Assurance*, *n.* 68.

Il s'est présenté à ce sujet, au siége de l'amirauté du palais, l'espèce suivante. Pierre avoit donné *à la grosse* à Jacques une certaine somme dans les Indes Orientales, sur un chargement de marchandises sur le navire *le Duc de Penthièvre*. Jacques, arrivé à l'Ile-de-France sur ce navire, passe avec ses marchandises sur un autre vaisseau nommé *le Pondichéry*, en vertu d'un ordre du gouverneur de l'Ile-de-France, qui ordonne au capitaine de l'y recevoir; et il fait par-devant notaires un acte de protestation, par lequel il déclare qu'ayant été obligé par des ordres supérieurs de passer avec ses marchandises sur *le Pondichéry*, les risques dont Pierre, donneur *à la grosse*, s'étoit chargé sur *le Duc de Penthièvre*, devoient à l'avenir être transférés sur *le Pondichéry*. Depuis, *le Pondichéry* fut pris par les Anglois, et *le Duc de Penthièvre* arriva à bon port. Pierre demanda le paiement de la somme prêtée, et le profit maritime. Jacques, pour s'en défendre, soutenoit que les risques avoient été transférés sur *le Pondichéry*, et produisoit un certificat de la compagnie des Indes, qui attestoit que le gouverneur de l'Ile-de-France avoit donné ordre au capitaine du *Pondichéry* de le prendre sur son bord. Pierre répliquoit que ce certificat prouvoit seulement que Jacques, qui ne pouvoit passer sur *le Pondichéry* sans un ordre donné par ce gouverneur, avoit obtenu cet ordre; mais qu'il ne prouvoit pas qu'il y eût eu pour Jacques nécessité d'y passer; que sans un cas de nécessité, Jacques n'avoit pas pu, sans le consentement de Pierre, changer sa condition, et le soumettre aux risques du *Pondichéry*, au lieu de ceux du *Duc de Penthièvre*, dont il s'étoit chargé. Par sentence de l'Amirauté, du 23 juin 1758, dont il n'y a pas eu d'appel, Jacques fut condamné à payer.

§. IV. Du profit maritime.

19. Il ne peut pas y avoir de contrat de prêt *à la grosse aventure*, s'il n'y a un *profit maritime* stipulé par le contrat, c'est-à-dire, une certaine somme d'argent, ou quelque autre chose, que l'emprunteur s'oblige de payer au prêteur, outre la somme prêtée, pour le prix des risques dont il s'est chargé.

Si quelqu'un prêtoit une somme d'argent à un armateur pour un certain voyage, avec la clause qu'il ne seroit pas tenu de la rendre en cas de perte, ou de prise de son vaisseau par quelque accident de force majeure, sans exiger de lui pour cela aucun profit maritime; ce contrat ne seroit pas un contrat de prêt *à la grosse aventure*, mais ce seroit un contrat de prêt mêlé de donation de la somme prêtée, en cas de perte ou de prise du vaisseau; laquelle donation seroit valable par la tradition qui a été faite des deniers, pourvu qu'elle fût faite entre personnes capables.

20. Le profit maritime de ce contrat de prêt *à la grosse* consistoit, chez les Romains, dans un certain intérêt de la somme prêtée, qu'on appeloit *nauticum fœnus*, ou *usura nautica*, qui couroit pendant tout le temps que duroient les risques.

Avant la constitution de Justinien, le taux n'en étoit pas réglé, et il étoit laissé à la libre disposition des parties contactantes : *Trajectitia pecunia propter periculum creditoris, quandiù navigat navis, infinitas usuras recipere potest;* Paul, *sent.* 11, 14, 3.

Mais par la loi 26, *Cod. de usur.*, Justinien, après avoir défendu la *centésime* (qui est l'intérêt d'un pour cent par mois) dans les prêts ordinaires, la permet dans ce contrat; mais il défend de stipuler un intérêt plus fort.

Selon nos usages, le profit maritime ne consiste dans un intérêt à raison de tant pour cent par mois, que lorsque l'emprunt *à la grosse* est fait pour un temps limité de navigation. Mais lorsque l'emprunt est fait pour un voyage à un certain lieu, le profit maritime dont on convient, consiste

ordinairement dans une certaine somme fixée à raison de tant pour cent. Au reste, soit qu'il consiste dans un intérêt, soit qu'il consiste dans une somme fixe, la quantité n'en est limitée par aucune loi, et elle est laissée au pouvoir des parties contractantes. La loi de Justinien n'est point suivie parmi nous.

21. Lorsque l'emprunt est fait pour l'aller et le retour, on convient assez souvent que si le vaisseau n'est pas de retour au bout d'un certain temps, le profit maritime augmentera à raison de tant pour cent par mois, depuis l'expiration de ce temps jusqu'au retour.

22. Comme les risques sont plus grands en temps de guerre, on convient quelquefois d'une certaine augmentation de profit maritime, en cas que la guerre survienne; mais s'il n'y a pas de convention, la survenance de la guerre, lorsque le contrat a été fait en temps de paix, donne-t-elle au donneur *à la grosse* le droit de demander une augmentation de profit maritime? On peut dire en sa faveur, que la jurisprudence ayant trouvé juste d'accorder aux assureurs une augmentation de *prime* lorsque la dernière guerre est survenue, il paroît qu'il y a même raison pour accorder au donneur *à la grosse* une augmentation de profit maritime, puisque ce donneur *à la grosse* se trouve, de même qu'un assureur exposé, par la survenance de la guerre, à beaucoup plus de risques. On peut dire au contraire, qu'on ne peut pas tirer d'argument en faveur du donneur *à la grosse*, de ce qui a été donné en faveur des assureurs : c'est par une raison de faveur, *contra rationem juris, etc.*, que cela a été ainsi décidé; comme nous l'avons fait voir en notre *Traité des Assurances, n.* 83. Or c'est un principe, que *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*

§. V. Du consentement.

23. Il faut pour la validité du contrat de prêt *à la grosse*, de même que pour celle de tous les contrats, que le con-

sentement des parties intervienne sur les choses qui composent la substance du contrat.

Il doit donc intervenir, 1° sur la somme prêtée; c'est-à-dire qu'il faut que le prêteur ait voulu prêter, et que l'emprunteur ait voulu emprunter la somme qui fait l'objet du contrat; et ce consentement est suffisamment justifié lorsque le prêteur, ou quelqu'un de sa part, a compté la somme à l'emprunteur, qui l'a reçue, soit par lui-même, soit par un autre à qui il avoit donné ordre de la recevoir.

24. Le consentement des parties contractantes doit intervenir, 2° sur les effets sur lesquels se fait le prêt *à la grosse*. C'est pourquoi si je crois prêter une certaine somme à un armateur sur le vaisseau *le Lys*, et qu'il croie l'emprunter sur le vaisseau *l'Alcide*, le contrat sera nul, faute de consentement sur les choses sur lesquelles le prêt est fait. Mais ce cas n'arrive jamais; car on ne manque jamais d'exprimer par l'acte qui doit être dressé de ce contrat, le nom du vaisseau sur lequel est fait le prêt, et même celui du capitaine de ce vaisseau.

Le consentement des parties contractantes doit intervenir, 3° sur les risques dont le prêteur se charge. Ce consentement manqueroit, si les parties n'étoient pas d'accord sur les genres de risque dont le prêteur doit être chargé : mais ce cas n'arrive jamais, les parties étant toujours censées être convenues que le prêteur seroit chargé des risques, conformément à ce qui est réglé par l'ordonnance; sauf de ce qui seroit expressément ajouté ou dérogé par le contrat, dont il doit y avoir un acte par écrit.

25. Enfin le consentement des parties doit intervenir, 4° sur le profit maritime; c'est-à-dire qu'il faut que l'emprunteur ait voulu s'obliger à payer, en cas d'heureuse arrivée du vaisseau, la même somme pour laquelle le donneur *à la grosse* a voulu se charger des risques maritimes. Au reste, aucune des parties n'est écoutée à disconvenir qu'elle ait consenti à celui qui est toujours exprimé par l'acte qui doit être dressé du contrat,

ARTICLE III.

De la forme du contrat de prêt à la grosse.

26. On doit distinguer dans ce contrat deux espèces de forme; celle qui concerne la substance de ce contrat et celle qui concerne plutôt la preuve de ce contrat.

Ce contrat étant composé du prêt *mutuum*, et d'une convention qui y est ajoutée, par laquelle le prêteur se charge des risques maritimes pour un certain prix, il faut pour la formation de ce contrat, de même que pour la formation du prêt *mutuum*, une translation de propriété des deniers prêtés, que le prêteur doit faire à l'emprunteur par la tradition qu'il doit lui en faire; l. 2, §. 2 et 4, ff. *de reb. cred.*

Lorsque le prêteur n'étoit pas le propriétaire, ou n'avoit pas la libre disposition des deniers qu'il a prêtés, le contrat pèche dans la forme, et il est nul, faute de translation de propriété. Mais si l'emprunteur consomme ces deniers de bonne foi, le contrat devient valable par cette consomption de bonne foi, qui équipolle à la translation de propriété qui en eût dû être faite; l. 13, l. 19, 55, ff. *d. tit.*

Nous nous étendrons davantage sur cette matière, dans un autre *Traité sur le Contrat de Prêt de Consomption.*

27. Les actes ou écritures qu'on dresse de ce contrat, appartiennent à la seconde espèce de forme, qui ne concerne que la preuve de ce contrat. Faute d'un acte qui ait été dressé de ce contrat, l'une des parties ne peut en avoir la preuve, si l'autre partie en disconvient, la preuve par témoins n'en étant pas reçue; et elle ne peut par conséquent poursuivre l'exécution de ce contrat dans le for extérieur, contre la partie qui ne veut pas en convenir: mais le contrat ne laisse pas d'être en soi valable, quoiqu'il n'en ait pas été passé d'acte; et il oblige les parties dans le for de la conscience.

28. Même dans le for extérieur, le prêteur peut, à défaut des preuves du contrat, être reçu à déférer à l'em-

prunteur le serment décisoire sur la vérité et les conditions du contrat.

29. L'acte sous signature privée, lorsqu'il est reconnu ou vérifié, fait la même foi qu'un acte devant notaire, vis-à-vis de l'emprunteur et de ses héritiers, ou autres successeurs universels.

Il n'en est pas de même des tiers vis-à-vis desquels le prêteur voudroit exercer le privilége attaché à ce contrat, dont il sera parlé en l'article suivant; la date des actes sous signature privée n'est pas réputée certaine vis-à-vis des tiers, si elle n'est constatée d'ailleurs que par l'acte.

30. L'ordonnance, qui a prescrit en l'*art. 3 du tit. des Assurances*, ce que doit contenir la police d'assurance, n'a pas de même prescrit ce que doit contenir l'acte qui est dressé d'un contrat de prêt *à la grosse aventure*. Mais le bon sens apprend que cet acte, outre le nom des parties et la somme prêtée, doit exprimer ce qui a été stipulé pour le profit maritime, le nom du navire sur lequel le prêt est fait, ou sur lequel est le chargement sur lequel le prêt est fait, et celui du capitaine; comme aussi pour quel voyage le prêt est fait.

La teneur de la convention *de la grosse aventure* n'étant pas justifiée par un billet où ces choses ne seroient pas exprimées, un tel billet n'est pas valable, faute de preuve de la teneur de la convention; mais il peut servir de commencement de preuve par écrit, pour faire admettre la preuve par témoins de la teneur de la convention.

31. Pourvu que le billet de prêt *à la grosse aventure* ait suffisamment désigné le navire, il n'est pas nécessaire qu'il exprime les effets que l'emprunteur y avoit, et sur lesquels il a fait l'emprunt : il est censé l'avoir fait sur les effets qu'il y avoit. C'est pourquoi si ce navire est péri avec tout son chargement, ou a été pris, la convention *de la grosse aventure* ne laissera pas d'avoir son exécution, pourvu que l'emprunteur justifie qu'il y avoit effectivement un chargement de la valeur de la somme prêtée, ou plus. M. Vaslin cite un arrêt d'Aix, du 24 janvier 1748, qui l'a ainsi jugé.

32. Lorsqu'il est dit par l'acte, que l'emprunt *à la grosse* est

fait sur un certain navire qui doit partir pour la Martinique, sans qu'il soit exprimé si l'emprunt est fait pour *l'aller* seulement, ou pour *l'aller* et *le retour*, sera-t-il censé n'être fait que pour *l'aller?* Si dans le lieu et au temps où ce contrat s'est passé, il s'est fait beaucoup d'autres contrats *à la grosse* pour le même voyage, lesquels portent que c'est pour *l'aller* et *le retour*, et que dans le contrat par lequel on ne s'en est pas expliqué, la somme convenue pour le profit maritime soit à peu près semblable à celle convenue pour le profit maritime dans les autres contrats faits pour *l'aller* et *le retour*, la présomption est que ce contrat, par lequel on ne s'est pas expliqué, est aussi fait pour *l'aller* et *le retour*.

Au contraire, si la somme convenue pour le profit maritime étoit de beaucoup inférieure à celle des autres contrats, la présomption seroit que ce contrat n'auroit été fait que pour *l'aller*.

Si ces présomptions manquoient, *putà*, parcequ'au temps et dans le lieu où s'est fait le contrat *à la grosse*, par lequel on a manqué de s'exprimer, il ne s'étoit pas passé d'autres contrats, je pense qu'en ce cas le contrat doit être présumé fait pour *l'aller* et *le retour*: car c'est une règle en fait d'interprétation, que les contrats doivent s'interpréter selon ce qui est le plus d'usage. Or l'usage est que ces emprunts se fassent pour *l'aller* et *le retour*; et c'est pour cela que ce contrat a le nom de *contrat de prêt à retour de voyage*. Une autre règle vient encore à l'appui de celle-ci; savoir, que dans le doute on préfère l'interprétation la plus favorable au débiteur.

ARTICLE IV.

De l'obligation que forme le contrat à la grosse; de la condition dont elle dépend, et de l'action qui en naît.

§. I. De l'obligation que forme le contrat à la grosse, et de la condition dont elle dépend.

33. Le contrat de prêt *à la grosse aventure* est, comme nous l'avons déja dit, un contrat *unilatéral*, qui ne forme d'obligation que de la part de l'emprunteur.

L'emprunteur contracte par ce contrat, envers le prêteur, l'obligation de lui rendre la somme prêtée, et de lui payer en outre le profit maritime convenu; mais il ne la contracte, même pour la restitution de la somme principale, que sous une condition, *s'il ne survient pas quelque accident de force majeure, qui cause la perte des effets sur lesquels le prêt est fait.*

34. Cette condition, lorsque le prêt *à la grosse* a été fait pour l'aller et le retour d'un voyage, existe par le retour du vaisseau qui revient avec des marchandises qui ont remplacé celles sur lesquelles le prêt a été fait, et qui les représentent.

Il suffit même, pour que la condition existe, qu'il ne soit arrivé durant tout le temps de l'aller et du retour, aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait, ou de ceux chargés en retour, qui les représentoient, quand même ils auroient été perdus par quelque autre cause provenante ou du vice de la chose, ou de la faute des gens du vaisseau.

35. Pareillement, lorsque le prêt n'a été fait que pour l'aller, et non pour le retour, non seulement l'heureuse arrivée des effets sur lesquels le prêt a été fait, au lieu de leur destination, fait exister la condition de l'obligation de l'emprunteur; elle existe aussi lorsque lesdits effets sont péris par quelque cause qui n'est pas une force majeure, et dont le prêteur n'est pas tenu.

36. Lorsque le prêt *à la grosse* est fait pour un temps limité, la condition de l'obligation de l'emprunteur existe par l'expiration de ce temps, sans qu'il soit arrivé durant ce temps aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait.

37. En général, la condition du contrat, de et l'obligation qu'il renferme, existe lorsque pendant qu'ont duré les risques dont le prêteur s'est chargé, il n'est arrivé aucun des accidents de force majeure dont le prêteur s'est chargé, qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait : et au contraire si pendant ce temps il en est survenu

quelqu'un qui ait causé la perte desdits effets, la condition défaut; et la défaillance de la condition rend nul le contrat, et l'obligation de l'emprunteur que ce contrat renfermoit; obligation qui n'avoit été contractée que sous cette condition. C'est la disposition de l'*art.* 11.

38. *Quid*, si le prêteur n'a couru aucuns risques, *putà*, parceque le voyage a été rompu? L'emprunteur sera bien obligé en ce cas de rendre la somme qui lui a été prêtée; mais il ne sera pas obligé de payer en outre la somme qu'il a promis de payer pour le profit maritime : car le profit maritime étant le prix des risques que le prêteur devoit courir des effets sur lesquels le prêt a été fait, il ne peut lui être dû de profit maritime quand il n'a couru aucuns risques; ne pouvant pas y avoir un prix des risques, s'il n'y a pas eu de risques. La condition qu'il y aura des risques à courir, est une condition qui est essentiellement renfermée dans l'obligation que l'emprunteur a contractée de payer le prix des risques : *Tacitè inest ex naturâ rei in obligationem deductæ.*

C'est par une semblable raison que la *prime* stipulée par un contrat d'assurance, étant le prix des risques que doivent courir les assureurs durant le voyage, elle ne leur est pas due lorsque le voyage a été rompu, suivant l'*art.* 37 *du tit. des Assurances.*

39. Le profit maritime n'est pas dû au prêteur, quand même ce seroit par le fait de l'emprunteur que le voyage auroit été rompu : car de quelque manière qu'il l'ait été, il suffit qu'il l'ait été, et qu'en conséquence le prêteur n'ait couru aucuns risques, pour qu'il ne puisse pas y avoir de profit maritime; ne pouvant pas y avoir un prix des risques, lorsqu'il n'y a pas eu de risques.

Il y a seulement cette différence entre le cas auquel ce seroit par le fait de l'emprunteur, et celui auquel il l'auroit été sans son fait; *putà*, parceque depuis le contrat, et avant le départ du navire, le commerce auroit été interdit avec le lieu de sa destination. Au premier cas, l'emprunteur ne doit pas à la vérité le profit maritime au prêteur; mais il lui doit le change ou l'intérêt de la somme

prêtée jusqu'au paiement, par forme de dommages et intérêts de l'inexécution de la *grosse aventure :* car le prêteur, qui n'a prêté ses deniers que dans l'espérance d'en retirer un profit maritime, si le voyage pour lequel il les prêtoit s'exécutoit, et qui n'eût pas voulu les prêter sans cela, doit être dédommagé par l'emprunteur, par le fait duquel le voyage a été rompu, de l'usage qu'il auroit pu faire dans son commerce de cet argent; et cet intérêt ou change en est l'estimation.

Cette décision se tire par argument de l'*art.* 15, rapporté *suprà, n.* 13. Cet article, qui est dans l'espèce d'un emprunteur dont les effets sur lesquels le prêt est fait, ne sont pas de la valeur de la somme prêtée, décide que le prêteur, qui ne court pas les risques de ce qui en manque, ne peut en conséquence prétendre le profit maritime pour raison de ce qui en manque; mais que l'emprunteur lui en doit le change ou l'intérêt, suivant le cours de la place où le contrat a été passé.

Dans le second cas l'emprunteur ne peut être tenu d'aucuns dommages et intérêts par l'inexécution du voyage, puisque c'est sans son fait qu'il a été rompu : il ne doit donc pas en ce cas le change mentionné en l'*art.* 15, qui est dû dans le cas précédent. Le prêteur ne peut prétendre dans ce cas-ci d'autre intérêt que l'intérêt légal du jour seulement que l'emprunteur a été mis en demeure par une interpellation judiciaire.

40. Lorsque le prêteur a commencé à courir les risques, quoiqu'il ne les ait pas courus pendant tout le temps qu'il devoit les courir, le voyage ayant été abrégé, le profit maritime ne laisse pas de lui être dû en entier, s'il n'est arrivé aucun accident de force majeure qui ait causé la perte des effets sur lesquels le prêt a été fait; l'ordonnance l'ayant décidé ainsi pour la *prime* dans le contrat d'assurance; *tit. des Assur., art.* 27. Il y a une entière parité de raison pour décider de même à l'égard du profit maritime dans ce contrat. Voyez notre *Traité du Contrat d'Assurance*, *n.* 181.

41. Le parlement d'Aix a poussé si loin ce principe, que

dans le cas auquel le contrat de prêt *à la grosse* a été fait pour l'aller et le retour du navire, et qu'il a été stipulé un seul profit maritime, tant pour l'aller que pour le retour, il a jugé que le profit maritime étoit dû en entier au prêteur, quoiqu'il n'y eût pas eu de retour. M. Vaslin cite deux arrêts des 7 août 1736 et 8 août 1741. Néanmoins l'ordonnance ayant décidé pour le contrat d'assurance, que l'assurance ayant été faite pour l'aller et le retour, les assureurs étoient obligés de rendre le tiers de la *prime*, lorsqu'il n'y a pas de retour; il y a même raison de décider pour le prêt *à la grosse*, que le prêteur doit souffrir la déduction du tiers du profit maritime, lorsqu'il n'y a pas eu de retour. M. Vaslin paroît être de ce sentiment, nonobstant les arrêts contraires qu'il rapporte. Voyez à cet égard notre *Traité du Contrat d'Assurance, n.* 184.

42. La condition du contrat de prêt *à la grosse*, et de l'obligation de l'emprunteur qu'il renferme, existe lorsque pendant tout le temps des risques les effets sur lesquels le prêt a été fait n'ont été ni pris ni perdus, quelque endommagés qu'ils aient été par des accidents de force majeure; et l'emprunteur en conséquence est obligé en ce cas de rendre au prêteur la somme prêtée, et de lui payer le profit maritime, sans qu'il puisse prétendre aucune déduction pour la détérioration des effets sur lesquels le prêt a été fait. C'est ce qui est formellement décidé par l'*art.* 16, qui dit que les donneurs *à la grosse* ne doivent pas contribuer *aux simples avaries ou dommages particuliers qui pourroient arriver, s'il n'y a convention contraire.* En cela le prêteur est dans ce contrat de meilleure condition que ne le sont les assureurs dans le contrat d'assurance, lesquels, comme nous l'avons vu en notre *Traité du Contrat d'Assurance*, sont obligés d'indemniser l'assuré, jusqu'à concurrence de la somme assurée, de tous les dommages causés par quelque force majeure sur les effets assurés. La raison de différence est que par le contrat d'assurance les assureurs s'obligent d'indemniser l'assuré de toutes pertes et dommages généralement quelconques, qui arriveront sur

les effets assurés ; au lieu que par le contrat de prêt *à la grosse*, le prêteur ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur ; c'est au contraire l'emprunteur qui s'oblige, sous la condition, à la vérité, que les effets sur lesquels le prêt est fait, ne seront ni pris, ni perdus par force majeure: mais cette condition existe lorsqu'effectivement ils n'ont été ni pris ni perdus, quoiqu'ils aient été endommagés.

43. L'*art.* 16 dit que le donneur *à la grosse* ne sera tenu des avaries simples ou dommages particuliers, *s'il n'y a convention contraire.* On peut donc valablement convenir par ce contrat, qu'en cas d'avaries et de détériorations des effets sur lesquels le prêt est fait, qui arriveroient par force majeure, l'obligation de rendre la somme prêtée sera réduite à la somme à laquelle la valeur desdits effets auroit été réduite par lesdites avaries ou détériorations.

44. Il n'en est pas de même des *avaries communes* que des *avaries simples.* Le même *art.* 16, ci-dessus cité, décide que le prêteur, qu'il appelle *donneur à la grosse*, est tenu (à la décharge du propriétaire des effets sur lesquels le prêt a été fait, c'est-à-dire, de l'emprunteur) de la contribution aux avaries communes, qui est due pour raison desdits effets.

On appelle *avaries communes*, ou *grosses avaries*, les pertes et dépenses que le propriétaire du navire, ou quelqu'un des propriétaires des effets qui y sont chargés, a faites pour le salut commun. Telle est la perte du jet des marchandises les plus pesantes, qu'on a jetées dans la mer pour alléger le vaisseau dans le cas d'une tempête ; celle du dommage qu'on a, dans un pareil cas, causé au vaisseau dont on a coupé les mâts et les câbles ; la rançon payée à un corsaire, etc. Ces pertes sont dites *avaries communes*, parcequ'ayant été faites pour le *salut commun*, c'est-à-dire, pour la conservation tant du navire que de toutes les marchandises qui y étoient chargées, elles doivent être supportées par tous ceux qui avoient intérêt à la conservation du navire et des marchandises, au prorata et à proportion de l'intérêt que chacun d'eux avoit.

Le prêteur à *la grosse* étant celui qui avoit intérêt à la conservation des effets sur lesquels le prêt a été fait, puisque la perte desdits effets lui fait perdre la somme qu'il a prêtée sur lesdits effets ; au contraire l'emprunteur, propriétaire desdits effets, ne perdant rien par la perte desdits effets, puisque par cette perte il est libéré du prix qu'il en devoit ; il s'ensuit que c'est le prêteur qui doit, comme le véritable intéressé à la conservation desdits effets, contribuer plutôt que l'emprunteur *aux avaries communes,* souffertes pour la conservation commune du navire et des marchandises, dont lesdits effets faisoient partie. Cela n'est pas contraire à ce que nous avons dit, que le prêteur ne contracte, par le contrat de prêt *à la grosse,* aucune obligation envers l'emprunteur : car cette obligation de contribuer aux avaries communes n'est pas une obligation qui naisse directement du prêt, ni qui soit proprement contractée envers l'emprunteur ; elle est plutôt contractée envers celui qui a procuré à ses dépens la conservation des effets ; et elle naît de la règle d'équité qui veut que ce qu'il en coûte à quelqu'un pour une affaire commune, soit porté par tous ceux qui y ont intérêt.

45. L'obligation de contribuer aux avaries communes, étant une obligation que le prêteur *à la grosse* contracte envers celui qui a procuré à ses dépens la conservation du navire et des effets qui y étoient chargés, plutôt qu'envers l'emprunteur ; cette obligation n'empêche pas que celle que l'emprunteur a contractée envers lui par le contrat de prêt *à la grosse,* ne subsiste en entier, et qu'en conséquence le profit maritime ne lui soit dû en entier. Si lorsque l'emprunteur a acquitté de ses deniers cette contribution, afin de pouvoir retirer ses effets qui y étoient affectés, le prêteur est obligé de lui en faire déduction, ce n'est que parcequ'il a acquitté cette dette pour lui ; de même qu'il seroit obligé de lui faire déduction de toute autre chose qu'il auroit payée pour lui.

46. Pourroit-on valablement convenir par le contrat de *grosse aventure,* que la contribution aux avaries commu-

nes ne seroit pas à la charge du prêteur? M. Vaslin reprend avec raison l'ancien commentateur, qui décide cette question pour l'affirmative. Une telle convention seroit manifestement injuste. Les termes, *s'il n'y a convention contraire*, qui sont à la fin de l'*art.* 16, ne doivent donc se rapporter qu'à la seconde partie de cet article, qui porte que les avaries simples sont à la charge de l'emprunteur, et non à la première, qui concerne cette contribution.

47. Nous avons vu que l'arrivée à bon port des effets sur lesquels le prêt a été fait, quelque endommagés qu'ils aient été par quelque accident de force majeure, faisoit exister la condition de l'obligation de l'emprunteur, qui devoit en ce cas rendre en entier la somme prêtée, et payer le profit maritime.

Quid, s'il n'étoit arrivé qu'une partie desdits effets, et que le surplus eût été perdu ou pris? La condition en ce cas n'existe que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui est resté, et elle défaut pour le surplus. C'est ce qui est décidé par l'*art.* 17, qui dit : « Seront toutefois, en cas de « naufrage, les contrats *à la grosse aventure* réduits à la « valeur des effets sauvés. »

Le cas du naufrage n'est énoncé dans cet article que comme un exemple. Il en doit être de même dans tous les cas auxquels, par une force majeure, une partie des effets sur lesquels le prêt a été fait, a été perdue, et le surplus sauvé; comme lorsque des pirates ont pillé le vaisseau, et ont emporté une partie desdits effets, et laissé le reste.

Dans tous ces cas l'ordonnance veut que le contrat soit réduit à la valeur des effets sauvés.

48. L'emprunteur doit-il en ce cas le profit maritime à proportion de la somme à laquelle monte la valeur des effets sauvés? Non; car lorsque l'ordonnance, *art.* 17, dit, *Seront.... les contrats à la grosse réduits à la valeur des effets sauvés;* ce terme, LES CONTRATS, comprend toutes les obligations que le contrat renferme, l'obligation de rendre la somme prêtée, et celle de payer le profit maritime. Toutes ces obligations sont *réduites à la valeur des effets.* Le

prêteur ne peut donc demander pour tout ce qui lui est dû par le contrat, que la valeur des effets sauvés, et rien de plus. Il ne peut donc pas demander un profit maritime outre la valeur des effets sauvés.

49. Lorsque le prêt *à la grosse* a été fait sur les effets d'un chargement d'une valeur qui excédoit la somme prêtée, le contrat, en cas de naufrage ou autre semblable accident, doit-il être réduit à la valeur du total des effets de ce chargement qui ont été sauvés, ou seulement à la valeur d'une portion des effets sauvés, qui fût en même raison qu'étoit la somme prêtée à la valeur du chargement? Par exemple, si on a prêté *à la grosse* une somme de quinze mille livres sur un chargement de vingt mille livres, et que le total des effets de ce chargement qui ont été sauvés du naufrage, monte à quatre mille livres, le contrat sera-t-il réduit à la somme de quatre mille livres, qui est la valeur du total des effets sauvés? ou sera-t-il réduit à la somme de trois mille livres seulement, qui fait la valeur des trois quarts des effets sauvés, comme la somme prêtée qui étoit de quinze mille livres, faisoit les trois quarts de la valeur du chargement qui étoit de vingt mille livres? M. Vaslin décide que le contrat doit être réduit à la valeur, non du total des effets sauvés, mais de la portion desdits effets, qui soit en même raison avec le total desdits effets, qu'étoit la somme prêtée avec le total du chargement.

Il tire argument pour son opinion, de ce qui s'observe à l'égard du contrat d'assurance. Lorsque quelqu'un a fait assurer une certaine somme sur un chargement qui est d'une valeur plus considérable que n'est la somme assurée, l'assuré, pour pouvoir demander, en cas de naufrage ou de quelque autre accident semblable, la somme assurée, n'est pas obligé de faire aux assureurs le délaissement du total de ce qui est resté du naufrage; mais ce qui en est resté se répartit entre les assureurs et l'assuré, au prorata de l'intérêt que chacun avoit au chargement. Par exemple, si sur un chargement de 20,000 liv. on a assuré une somme de 15,000 liv., qui en fait les trois quarts, le délaissement

de ce qui est resté du naufrage doit se faire seulement pour les trois quarts aux assureurs, aux risques desquels étoit le chargement, jusqu'à concurrence de la somme de 15,000 liv., qui en faisoit les trois quarts; l'autre quart de ce qui est resté du naufrage, doit rester à l'assuré, qui avoit intérêt pour un quart au chargement. Pareillement, conclut M. Vaslin, dans le contrat de prêt *à la grosse*, qui est analogue à celui d'*assurance*, lorsque le prêt *à la grosse* a été fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que la somme prêtée, ce qui en reste, en cas de naufrage ou de quelque autre accident semblable, ne doit pas profiter au prêteur seul; et le contrat ne doit pas en conséquence subsister jusqu'à la concurrence de la valeur du total de ce qui est resté du naufrage; mais il doit s'en faire une répartition entre le prêteur et l'emprunteur, à proportion de l'intérêt que chacun avoit au chargement. Par exemple, si sur un chargement de 20,000 liv. on a fait à quelqu'un un prêt *à la grosse*, d'une somme de 15,000 liv. qui fait les trois quarts de la valeur du chargement, le prêteur, qui a intérêt à ce chargement pour les trois quarts, puisqu'il est à ses risques jusqu'à concurrence de la somme prêtée, qui en fait les trois quarts, doit profiter de ce qui en reste pour les trois quarts; et en conséquence sa créance doit subsister jusqu'à concurrence de la valeur des trois quarts de ce qui en reste; mais l'autre quart de ce qui reste doit demeurer franc du prêt à l'emprunteur, aux risques duquel le chargement étoit pour un quart.

Cette opinion a d'abord quelque chose de spécieux; mais elle se trouve formellement rejetée par l'*art.* 18. Il est dit par cet article : « S'il y a contrat *à la grosse* et *assurance* « sur un même chargement, le donneur sera préféré aux « assureurs sur les effets sauvés, pour le capital seulement. »

Dans l'espèce de cet article, qui suppose un contrat *à la grosse* et un *d'assurance* sur un même chargement, il faut supposer nécessairement que le prêt *à la grosse* a été fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que la somme prêtée; autrement il ne pourroit pas y avoir de con-

trat d'assurance. Supposons pour exemple de cet *article* 18, que Jacques a emprunté, par un contrat *à la grosse*, de Pierre une somme de 5,000 livres sur un chargement de marchandises. Si ce chargement n'étoit que de 5,000 liv., Jacques n'auroit pu rien faire assurer de ce chargement, cela lui étant interdit par l'*art.* 16 *du titre des Assurances*, et par les raisons que nous avons rapportées en notre *Traité du Contrat d'Assurance, n.* 31. Mais si nous supposons que le chargement étoit de 10,000 liv., Jacques a pu en ce cas faire assurer dans ce chargement les 5,000 liv. dont il excède la somme qu'il a prise *à la grosse* de Pierre. Supposons à présent que ce chargement a péri, et qu'on n'en a sauvé que pour 4,000 livres : notre article décide que Pierre, qui a donné *à la grosse* sur ce chargement une somme de 5,000 liv., sera préféré aux assureurs qui ont assuré le chargement pour les 5,000 liv. dont le chargement excédoit la somme prêtée, et par conséquent à Jacques, dont ceux qui l'ont assuré ont les droits. Cet article décide donc que le prêt *à la grosse* subsiste pour le total des effets sauvés, quoique le chargement excédât la somme prêtée, et que l'emprunteur ne peut rien prétendre dans les effets sauvés, pour raison et à proportion de ce dont le chargement sur lequel il a fait l'emprunt, excédoit la somme prêtée.

M. Vaslin, qui a bien senti que cet article détruisoit son opinion, a prétendu qu'il devoit être restreint à une espèce particulière qu'il a imaginée. Il dit qu'on doit supposer dans l'espèce de cet article, que le prêt *à la grosse* a d'abord été fait sur un chargement d'une valeur égale à la somme prêtée, et que les marchandises remplacées et chargées en retour, s'étant trouvées excéder la valeur du premier chargement et de la somme prêtée, l'emprunteur a fait assurer l'excédant du retour. Ce n'est que dans cette espèce particulière, suivant M. Vaslin, que le prêteur doit être préféré aux assureurs, et que le contrat doit subsister jusqu'à concurrence de la valeur des effets sauvés.

Cette interprétation ne peut se soutenir. Il est contre

toutes les règles de l'interprétation de restreindre à un cas particulier une disposition conçue en des termes aussi généraux que l'est celle de l'*art.* 18.

Il ne reste plus qu'à rendre la raison de la différence qu'il y a entre le contrat *d'assurance* et le contrat *à la grosse*, à l'égard des effets sauvés. Lorsqu'on fait assurer une certaine somme sur un chargement d'une valeur plus considérable que n'est la somme assurée; *putà*, lorsque sur un chargement de 20,000 livres on fait assurer une somme de 15,000 livres, on ne peut pas dire que le chargement soit assuré pour le total; cela impliqueroit contradiction : il ne l'est que pour les trois quarts : et comme il est fait indéterminément, et non sur aucuns des effets du chargement plutôt que sur d'autres, chacun des effets du chargement est assuré pour les trois quarts. Les effets de ce chargement n'étant donc assurés que pour les trois quarts, le délaissement n'en doit être fait que pour les trois quarts; l'assuré n'est tenu de délaisser que ce qui est assuré. Mais lorsque sur un chargement de 20,000 liv. on prête *à la grosse* une somme de 15,000 liv., qui n'en fait que les trois quarts, rien n'empêche que le prêt, quoique d'une somme de 15,000 liv. seulement, ne puisse être fait sur le total du chargement de 20,000 liv.; c'est-à-dire, à condition que l'emprunteur ne sera tenu de rendre la somme de 15,000 liv. que dans le cas auquel il n'arriveroit aucun accident de force majeure qui en causeroit la perte; et que dans le cas de quelqu'un desdits accidents, le contrat ne subsisteroit que jusqu'à concurrence de la valeur de ce qui resteroit dudit chargement. Cette convention n'a rien qui implique contradiction, ni qui blesse la justice.

L'ordonnance, à la vérité, ne permet pas de faire le prêt *à la grosse* sur des effets qui seroient de moindre valeur que la somme prêtée; mais elle ne défend pas, *vice versâ*, de le faire sur des effets qui soient de plus grande valeur, et de le faire sur le total desdits effets, quoique de plus grande valeur : au moins c'est ce qui est en question;

et bien loin qu'on puisse prouver que cela est défendu, l'*article* 18 suppose au contraire que cela est permis.

Il est vrai que lorsque le prêt *à la grosse* est fait sur un chargement d'une valeur plus considérable que la somme prêtée, le prêteur a plus d'avantage que s'il eût été fait, comme il pouvoit l'être, sur un chargement qui n'eût été que d'une valeur égale à la somme prêtée : mais cela n'empêche pas que ce prêt *à la grosse* ne puisse être équitable, parcequ'on peut supposer en ce cas que le prêteur a compensé cet avantage, en stipulant un profit maritime moindre que celui qu'il eût stipulé, si ce chargement sur lequel le prêt a été fait, n'eût été que d'une valeur égale à la somme prêtée.

Le seul cas auquel l'opinion de M. Vaslin doit être suivie, et auquel il se doit faire une répartition des effets sauvés du naufrage, entre le prêteur et l'emprunteur, ou les assureurs qui sont aux droits de l'emprunteur, est celui auquel il est exprimé par le contrat que le prêt n'est fait que sur une partie du chargement, *putà*, sur les deux tiers, sur les trois quarts. Dans ce cas seulement les effets de ce chargement, qui ont échappé au naufrage, ne se trouvant affectés que pour une portion au prêt, le contrat de prêt sera réduit à la valeur, non du total, mais de cette portion des effets; et ces effets, pour le surplus, demeureront francs du prêt à l'emprunteur; ou s'ils ont été assurés pour le surplus, ils devront, pour le surplus, être délaissés aux assureurs.

§. II. De l'action qui naît de l'obligation que contracte l'emprunteur par le contrat à la grosse.

50. De l'obligation que l'emprunteur contracte par le contrat de prêt *à la grosse aventure*, naît une action personnelle qu'a le prêteur contre l'emprunteur, pour lui demander la restitution de la somme prêtée, et le profit maritime convenu par le contrat.

C'est l'accomplissement de la condition dont cette obligation dépend, qui donne ouverture à cette action.

51. Le demandeur peut par cette action demander les intérêts de la somme prêtée, à compter du jour de la demande. Il n'en est pas de même du profit maritime. Ce profit étant un accessoire et une espèce d'intérêt de la somme prêtée, *nautica usura, nauticum fœnus*, on ne peut pas en demander d'intérêt ; ce seroit un intérêt d'intérêt ; ce seroit un *anatocisme*, que les lois défendent : *Accessio accessionis non est.*

52. Le prêteur a un privilége pour cette action.

Lorsque le prêt est fait sur le corps et quille du vaisseau, pour les nécessités du voyage, le prêteur, suivant l'*art.* 7, a un privilége non seulement sur le navire, mais sur ses *agrès et apparaux, armement et victuailles*, même sur le *fret* qui est dû par les marchands qui auroient des marchandises chargées sur le navire. Le prêteur peut en conséquence saisir et arrêter le fret entre les mains de ceux qui en sont débiteurs.

Le prêteur, pour exercer ce privilége, n'a pas besoin de produire des pièces justificatives que les deniers prêtés ont effectivement servi à l'équipement et à l'armement du vaisseau. Il suffit, selon M. Vaslin, sur ledit *art.* 7, qu'il soit dit par le contrat, que le prêt est fait sur le *corps et quille* du vaisseau, pour qu'il y ait présomption que les deniers ont effectivement servi à l'équipement du vaisseau, quand même il ne seroit pas exprimé que le prêt *a été fait pour les nécessités du voyage.*

53. Lorsqu'il a été fait un prêt avant le départ du vaisseau, pour l'armer et l'équiper, et qu'il en a été fait un autre durant le voyage, pour le radouber, ou pour d'autres nécessités du vaisseau, le privilége de celui-ci va avant le privilége du prêt fait avant le départ : c'est ce qui est décidé par l'ordonnance, *tit. de la saisie des vaisseaux, etc., art.* 16. La raison est, qu'en vain le vaisseau auroit-il été armé et équipé, si par les accidents survenus durant le voyage, le vaisseau n'eût pu le continuer. Le second prêteur, en mettant, par le prêt de ses deniers, le vaisseau en état de continuer son voyage, a conservé au premier

prêteur son gage ; *salvam fecit pignoris causam, utiliter ejus negotium gessit ;* et par conséquent il doit être préféré au premier.

54. Les priviléges de l'un et de l'autre ne vont, suivant l'article cité, qu'après celui des matelots et autres gens de mer, pour leurs *loyers ;* car en vain le vaisseau auroit-il été équipé, en vain auroit-il été radoubé et réparé pendant le voyage, s'il n'eût été conduit au lieu de sa destination par le travail desdits matelots et gens de mer.

Mais suivant le même article, les priviléges de l'un et de l'autre vont avant celui des marchands qui ont chargé des marchandises sur le navire.

Lorsque quelqu'un a prêté à un armateur des deniers pour un premier voyage, et qu'après ce voyage, au lieu de les exiger, il les lui a laissés à pareil titre de prêt pour un second voyage, ce prêteur ne va qu'après celui qui a prêté et compté réellement des deniers pour ce second voyage ; *art.* 10 *du tit. du contrat à la grosse :* car la présomption est, que c'est plutôt des deniers de celui-ci que le vaisseau a été équipé.

55. Le prêteur qui a prêté sur le corps et quille du vaisseau, a privilége, soit que le prêt ait été fait au propriétaire du vaisseau, soit qu'il ait été fait au maître son préposé ; car le fait du préposé oblige son commettant.

Si néanmoins le prêt avoit été fait dans le lieu de la demeure des propriétaires, il n'obligeroit pas le propriétaire sans son consentement exprès, le propriétaire étant censé n'avoir préposé le maître pour les affaires du vaisseau, qu'en cas d'absence, et pour ce qu'il ne pourroit pas commodément faire par lui-même. C'est pourquoi le prêteur ne peut avoir en ce cas de privilége, que sur la part que le maître pourroit avoir au vaisseau ou au fret. C'est la disposition de l'*art.* 8.

Néanmoins si le maître, propriétaire pour quelque portion du vaisseau, avoit assigné ses copropriétaires pour contribuer à des dépenses nécessaires à faire au vaisseau, et qu'il eût été autorisé, sur leur refus, à emprunter *à la*

grosse des deniers pour les faire, celui qui prêteroit en ce cas les deniers en exécution de la sentence, auroit privilége sur les parts des propriétaires qui ont refusé de contribuer, quoiqu'ils n'aient pas consenti au prêt de ces deniers : car la sentence qui autorise le maître à faire l'emprunt, supplée et équipolle en ce cas au consentement des copropriétaires. C'est la disposition de l'*article* 9.

M. Vaslin observe fort bien sur cet article, qu'il faut pour cela que le maître ait obtenu une sentence qui l'ait autorisé à faire l'emprunt, et qu'une simple sommation par laquelle il auroit mis ses copropriétaires en demeure de contribuer ne seroit pas suffisante, comme l'avoit pensé l'ancien commentateur.

56. Lorsque le prêt a été fait sur un chargement de marchandises, le prêteur n'a de privilége que sur les marchandises de ce chargement, quand même le prêt auroit été fait au propriétaire du vaisseau.

57. Le privilége du prêteur, soit sur le vaisseau, soit sur les marchandises, a lieu tant pour la restitution de la somme prêtée, que pour le profit maritime. L'*art.* 7 le dit : *Seront affectés au principal et* INTÉRÊTS *de l'argent, etc.*

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DE PRÊT
A LA GROSSE AVENTURE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DU JEU.

ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

1. La convention qui intervient entre deux joueurs, par laquelle ils conviennent que celui d'entre eux qui sera le perdant donnera une certaine somme à celui d'entre eux qui sera le gagnant, est un contrat de la classe des contrats intéressés de part et d'autre, et aléatoires.

Quoique le gagnant reçoive la somme convenue, sans rien donner à la place, il ne la reçoit pas néanmoins gratuitement : il la reçoit comme le prix du risque qu'il a couru de donner pareille somme à l'autre, si l'autre eût été le gagnant; ce qui est le caractère des contrats intéressés de part et d'autre, et aléatoires.

2. Observez qu'il y a deux espèces de contrats aléatoires. La première est de ceux par lesquels il n'y a que l'une des parties contractantes qui s'expose à un risque au profit de l'autre partie, laquelle lui paie, ou s'oblige de lui payer le prix de ce risque, sans qu'elle s'expose réciproquement à aucun risque. Tel est le *contrat d'assurance*. Il n'y a que l'une des parties, c'est-à-dire l'assureur, qui se charge des risques maritimes des effets de l'assuré. L'autre partie, qui est l'assuré, lui paie, ou s'oblige de lui payer la prime,

qui est le prix de ce risque, sans que l'assuré s'expose de son côté à aucun risque. Il en est de même du contrat à la grosse.

La seconde espèce de contrats aléatoires est de ceux par lesquels chacune des parties se charge réciproquement d'un risque, qui est le prix de celui dont l'autre se charge. De ce nombre est le contrat à rente viagère, qu'on appelle aussi *à fonds perdu*, dont nous avons parlé en notre *Traité du Contrat de Constitution.* Par ce contrat, le vendeur court le risque de ne recevoir rien ou presque rien pour la chose qu'il vend à l'acheteur, si ce vendeur venoit à mourir peu après le contrat; et ce risque que court le vendeur est le prix de celui que court de son côté l'acheteur, de payer au vendeur le double ou le triple du prix de cette chose, si le vendeur vivoit très long-temps.

Le *contrat du jeu* est de cette seconde espèce. Chacun des joueurs court risque de donner à l'autre la somme convenue, si c'est l'autre qui gagne la partie : et ce risque que l'un court est le prix de celui que l'autre joueur court de son côté de lui en donner autant, si c'est lui qui la gagne.

Nous distribuerons ce petit Traité en trois chapitres. Nous examinerons, dans le premier, si le jeu est mauvais par le droit naturel. Nous rapporterons, dans le second, les lois romaines et les principales lois du royaume sur le jeu. Nous examinerons, dans le troisième, si celui qui a perdu une somme, ou une autre chose au jeu, est obligé, dans le for de la conscience, de la payer; ou si, au contraire, celui qui a gagné est obligé à restitution, lorsqu'il a reçu le prix du jeu.

CHAPITRE PREMIER.

Si le jeu est mauvais par le droit naturel.

Le contrat que renferme le jeu, peut être considéré, 1° en lui-même, et sans aucun rapport à la fin pour laquelle il intervient; 2° par rapport à cette fin.

SECTION PREMIÈRE.

Du contrat que renferme le jeu considéré en lui-même, et sans rapport à la fin.

Nous verrons dans un premier article, si le jeu considéré en lui-même, sans aucun rapport à la fin que les joueurs se proposent, est mauvais. Nous verrons dans un second article, quelles sont les conditions qui y doivent être observées pour qu'il soit conforme aux règles de la justice.

ARTICLE PREMIER.

Si le jeu considéré en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, est mauvais.

3. Le jeu est un contrat intéressé de part et d'autre, et aléatoire, qui n'étant considéré qu'en lui-même, et sans aucun rapport à la fin que se proposent les joueurs, ne paroît contenir rien de mauvais, pourvu qu'on y ait observé les conditions que nous expliquerons en l'article suivant.

Tous conviennent assez de ce principe à l'égard des jeux d'adresse, c'est-à-dire, de ceux dans lesquels le gain de la partie dépend principalement de l'habileté du joueur.

On en convient même assez à l'égard des jeux mixtes, c'est-à-dire, de ceux dans lesquels le hasard concourt avec l'habileté du joueur au gain de la partie.

4. La difficulté tombe sur le jeu de pur hasard. Plusieurs théologiens catholiques, et même des docteurs protestants, ont cru trouver dans ces jeux un vice intrinsèque, qui consiste

dans la profanation du sort, qu'ils regardent comme quelque chose de religieux.

Pour regarder le sort comme quelque chose de religieux, ils se fondent sur ce que Dieu manifestoit sa volonté aux Israélites par la voie du sort. C'est par cette voie qu'il leur fit connoître le choix qu'il avoit fait de Saül pour régner sur eux. Josué avoit employé cette voie pour la découverte du péché d'Achan, qui avoit attiré la colère de Dieu sur Israël. Elle fut aussi employée pour découvrir le péché de Jonathas..... Dieu avoit prescrit la voie du sort pour le partage de la terre de Chanaan, comme il est rapporté au Livre des Nombres, *ch.* 33, *v.* 54. On l'employoit dans le sacrifice dont il est parlé au Lévitique, *ch.* 16, à l'égard du bouc émissaire.

Les autres nations avoient aussi recours à la voie du sort pour connoître la volonté de Dieu. Dans le vaisseau où étoit Jonas, on eut recours à cette voie pour connoître quelle étoit la personne qui attiroit sur le vaisseau la colère de Dieu et la tempête.

On a eu aussi recours à la voie du sort dans l'Eglise, pour connoître la volonté de Dieu, comme nous l'apprenons des Actes des Apôtres, où nous lisons que les apôtres eurent recours à cette voie pour connoître la volonté de Dieu sur l'élection de saint Matthias à l'apostolat.

Enfin on dit que les livres saints nous font regarder le sort comme quelque chose où Dieu préside d'une manière particulière ; c'est en ce sens que ces théologiens entendent ce texte des Proverbes, XVI, 33 : *Sortes in sinum mittuntur, sed à Domino temperantur.*

De tout ceci ils concluent que le sort est une chose destinée de sa nature à connoître la volonté de Dieu, et par conséquent une chose religieuse ; que c'est en faire une profanation criminelle, que de l'employer à un usage aussi profane et aussi puéril que le jeu ; et que tout jeu de hasard, par cette profanation qu'il renferme, a un vice intrinsèque qui le rend mauvais en soi.

5. Les raisonnements de ces théologiens ne me paroissent

pas convaincants. Il est vrai que le sort a servi autrefois à déclarer aux Israélites la volonté de Dieu. Le sort, lorsqu'il étoit employé à cet usage, ou plutôt l'usage qu'on faisoit en ce cas du sort, étoit quelque chose de religieux. Mais c'est une fausse conséquence que de vouloir conclure de là que, hors du cas auquel le sort étoit employé à cet usage, le sort soit en soi quelque chose de religieux, et qu'il ne puisse, sans profanation, être employé à des choses profanes. On emploie l'eau à quelque chose de religieux en l'employant à administrer le sacrement de baptême; s'ensuit-il que l'eau soit en soi quelque chose de religieux, et qu'on ne puisse l'employer à des usages profanes ?

C'est donc sans raison que ces théologiens prétendent que le sort est en soi quelque chose de religieux, et que les jeux de hasard où il est employé, renferment une profanation d'une chose religieuse.

Ils ont d'autant moins lieu de le prétendre, que si on s'est servi du sort chez les Israélites pour connoître la volonté de Dieu, on ne le fait plus servir à cet usage chez les Chrétiens. Il est vrai que les apôtres l'ont employé à cet usage pour l'élection de saint Matthias à l'apostolat; mais c'est par une inspiration particulière : cet exemple ne peut être tiré à conséquence; et un collateur qui auroit aujourd'hui recours à la voie du sort pour connoître la volonté de Dieu sur le sujet qu'il doit nommer à un bénéfice vacant, seroit regardé comme extravagant.

6. A l'égard de ce que dit Salomon, *Sortes in sinum mittuntur, sed à Domino temperantur*, cela ne doit pas être entendu en ce sens, que Dieu préside au sort d'une manière extraordinaire et surnaturelle, si ce n'est dans les cas extraordinaires, auxquels Dieu a permis qu'on le consultât par cette voie : hors ces cas, ce texte ne veut dire autre chose, sinon que ce qui paroît arriver par le sort, arrive par la volonté de Dieu, qui dirige le sort, non d'une manière extraordinaire et surnaturelle, mais de la même manière dont il dirige tous les évènements du monde, les plus petits comme les plus grands. Cela est dit dans le même sens qu'il est dit

ailleurs : *Cor hominis disponit viam suam, sed Domini est dirigere gressus.*

Lorsque nous jouons ensemble à un jeu de hasard, et que je gagne la partie, il est vrai que je ne la gagne que parceque Dieu veut que je la gagne : mais les jeux de hasard n'ont en cela rien de différent des autres jeux ; car lorsque je vous gagne une partie de billard, je ne la gagne pareillement que parceque Dieu veut que je la gagne ; de même que lorsqu'en me peignant, je fais tomber quelques cheveux de ma tête, ils ne tombent que parceque Dieu veut qu'ils tombent, ne pouvant pas tomber sans l'ordre de Dieu : *Capillus de capite vestro non peribit.*

Mais de ce que Dieu dirige le sort d'une manière naturelle, comme il dirige tous les autres évènements, il ne s'ensuit pas que le sort soit quelque chose de religieux, et que ce soit une profanation d'une chose religieuse, que de s'en servir au jeu.

7. Un théologien que j'ai consulté, et qui a eu la bonté de jeter la vue sur ce petit traité, m'a fait cette objection : Le sort (a-t-il dit) dépendant de Dieu seul, sans qu'il y intervienne rien de l'industrie et de la sagesse humaine, employer la voie du sort, c'est consulter Dieu ; ce qui ne doit se faire que pour des choses qui le méritent. Je réponds qu'on ne peut pas consulter Dieu sans avoir l'intention de le consulter. Les joueurs n'ayant pas cette intention lorsqu'ils jouent, on ne peut pas dire qu'ils consultent Dieu. D'ailleurs les évènements du sort, dans l'ordre naturel, ne dépendent de la volonté de Dieu que de la même manière dont en dépendent tous les autres évènements ; ils dépendent les uns et les autres d'un certain concours et d'une certaine combinaison de causes naturelles qui les produisent, sous la direction de la volonté de Dieu. La seule différence entre les uns et les autres, c'est que les évènements du sort ont des causes qui nous sont totalement inconnues ; au lieu que nous connoissons, au moins en partie, les causes qui produisent les autres évènements. Celui qui joue un jeu de hasard, attend du sort le gain de la partie, c'est-à-

dire, d'un assemblage de causes naturelles qui lui sont inconnues, et dans lesquelles consiste proprement le sort : au lieu que celui qui joue un jeu d'adresse, l'attend de son habileté, qui est une cause qui lui est connue. Mais on ne peut pas dire de l'un plutôt que de l'autre, qu'en jouant il il consulte Dieu.

ARTICLE II.

Quelles conditions doivent être observées dans le jeu, pour qu'il ne s'écarte pas des règles de la justice.

8. Il faut, 1° que chacun des joueurs ait le droit de disposer de la somme qu'il joue : il faut, 2° que chacun des joueurs apporte au contrat que renferme le jeu, un consentement parfait : 3° il faut qu'il y ait égalité dans la partie : 4° il faut que les joueurs aient apporté au jeu la fidélité qui y est requise.

Nous traiterons séparément de chacune de ces quatre conditions, dans autant de paragraphes.

§. I. Il faut que chacun des joueurs ait droit de disposer de la somme qu'il joue.

9. Suivant ce principe, un enfant de famille ne peut valablement jouer que des sommes modiques que ses parents lui ont données pour ses menus plaisirs, et dont ils lui ont permis de disposer.

C'est pourquoi si un fils de famille, abusant de la confiance de son père, qui lui laisse le maniement de ses affaires, prenoit dans la caisse de son père une somme pour la jouer, non seulement il ne la joueroit pas valablement, mais il commettroit un vol de cette somme, qui appartient à son père; et celui qui la lui auroit gagnée au jeu, seroit complice du vol, s'il avoit connoissance de son état de fils de famille.

S'il n'en avoit pas connoissance, il ne seroit pas, à la vérité, coupable de vol; mais il ne seroit pas moins obligé de restituer au père la somme qu'il a gagnée à ce fils de famille, lorsqu'il viendroit par la suite à connoître l'état de

ce fils de famille : car ce fils de famille, lorsqu'il a joué cette somme, n'ayant pas eu le droit d'en disposer, n'a pu la jouer valablement, ni en transférer la propriété à celui qui l'a gagnée.

10. Un mineur ne peut pareillement jouer valablement que des sommes modiques, dont son tuteur lui permet de disposer pour ses menus plaisirs. S'il avoit trouvé le moyen de prendre à son tuteur une somme que son tuteur avoit reçue pour lui, il n'auroit pas, à la vérité, commis un vol; car on ne peut pas voler sa propre chose, *rei suæ furtum non fit;* mais il ne pourroit pas jouer valablement cette somme, parceque, quoiqu'elle lui appartienne, il n'a pas le droit d'en disposer : c'est pourquoi celui qui la lui auroit gagnée, seroit obligé à la restituer.

Quand même un mineur seroit émancipé, soit par lettres du prince, soit même par le mariage, il ne pourroit pas jouer valablement des sommes un peu considérables : car l'émancipation ne donne aux mineurs que le droit d'administrer leur bien; elle ne leur donne pas le droit d'en disposer à leur gré et de le dissiper, ni par conséquent de le jouer.

C'est pourquoi celui qui a gagné au jeu à un mineur, quoique marié ou émancipé, une somme un peu considérable, est obligé de la restituer.

Il y est obligé, quand même il auroit ignoré qu'il fût mineur; car il suffit que ce mineur n'ait pas le droit de disposer de la somme en cette manière, pour qu'il n'ait pu en transférer la propriété à celui qui la lui a gagnée. C'est le cas de la règle de droit, *Qui cum aliquo contrahit, debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit.*

Un majeur interdit pour cause de prodigalité, est semblable à un mineur qui est sous puissance de tuteur.

11. Une femme sous puissance de mari, ne peut pareillement jouer valablement que des sommes modiques, avec la permission, au moins présumée, de son mari. Quand même son mari lui accorderoit le maniement de l'argent de la communauté, elle ne pourroit pas jouer valablement

des sommes un peu considérables : car son mari, en lui accordant le maniement de l'argent de la communauté, le lui accorde pour s'en servir aux affaires de la communauté, et non pas pour le jouer et le dissiper.

Quand même la femme seroit séparée de biens, elle ne pourroit pas jouer valablement des sommes de deniers à elle appartenantes, qui seroient un peu considérables ; car la séparation lui donne bien le droit de contracter sans être autorisée pour ce qui concerne l'administration de ses biens, mais elle ne lui donne pas le droit de dissiper son bien et de le jouer. C'est pourquoi celui qui lui auroit gagné au jeu des sommes considérables, est obligé de les lui restituer.

12. Lorsque j'ai joué une somme considérable contre un mineur, ou une autre personne qui n'avoit pas le droit de disposer de la somme qu'elle a jouée; quoique j'eusse le droit de disposer de celle que j'ai jouée, je ne l'ai pas jouée plus valablement qu'il n'a joué la sienne. C'est pourquoi, si c'est le mineur qui a gagné, la somme que j'ai jouée contre lui ne lui est pas due : car le contrat que renferme le jeu n'étant pas un contrat de bienfaisance, mais un contrat intéressé de part et d'autre, un contrat aléatoire où il doit y avoir de part et d'autre une égalité de risques, je ne puis devoir au gagnant la somme que j'ai jouée, qu'autant que le gagnant auroit couru le risque de me donner pareille somme dans le cas auquel j'aurois été le gagnant. La somme que j'ai jouée ne peut lui être due que comme le prix de ce risque qu'il auroit couru. Or ce mineur n'a pu courir le risque de me donner la somme qu'il a jouée, dans le cas auquel j'aurois été le gagnant, puisque c'étoit une somme dont il n'avoit pas droit de disposer : donc lorsque c'est lui qui a gagné, la somme que j'ai jouée contre lui ne lui est pas due; le contrat que nous avons fait ensemble est nul.

§. II. Du libre consentement des joueurs.

13. Le consentement est de l'essence de tous les contrats : il est donc nécessaire, à l'égard du contrat que renferme le jeu, de même qu'à l'égard de tous les autres contrats,

pour qu'il soit valable, que chacun des joueurs y ait apporté un parfait consentement.

De là il suit que lorsque l'un des joueurs est dans un état d'ivresse, le contrat que renferme le jeu est nul. Nous ne parlons pas ici d'une ivresse qui priveroit entièrement la personne de l'usage de sa raison; il est évident que dans cet état elle est incapable de contracter, et par conséquent de jouer : nous parlons d'une ivresse qui, sans rendre la personne absolument incapable de consentement, peut seulement rendre imparfait son consentement, en l'empêchant de faire les réflexions qu'elle eût pu faire si elle eût été à jeun.

Cette décision a lieu, quand même celui qui auroit joué contre cet ivrogne, n'auroit eu au jeu aucun avantage sur lui, soit parcequ'il étoit lui-même aussi ivre que lui, soit parceque le jeu étoit un jeu de pur hasard, pour lequel il ne faut aucune réflexion, et dans lequel par conséquent celui qui est capable d'en faire, et qui a l'usage entier de sa raison, n'a aucun avantage sur celui qui ne l'a pas : car ce n'est pas en ce cas le défaut d'égalité qui rend le contrat nul; c'est l'imperfection du consentement de celui des joueurs qui étoit ivre, lequel n'auroit peut-être pas voulu jouer la somme qu'il a jouée, si l'ivresse ne l'eût empêché de faire les réflexions qui l'en auroient détourné.

14. Il n'est pas douteux, suivant ces principes, que si celui qui a joué contre celui qui étoit ivre, a gagné, il ne peut pas recevoir de lui le prix du jeu; et s'il l'a reçu, il est obligé de le restituer. Il y a un peu plus de difficulté dans le cas inverse, auquel c'est le joueur qui étoit ivre qui a gagné celui qui jouissoit de toute sa raison. Le prix du jeu est-il en ce cas dû au joueur qui étoit ivre? Je crois qu'il faut décider pour la négative; car il est de l'essence du contrat que renferme le jeu, que le gagnant reçoive du perdant le prix du risque que le gagnant a couru de donner une pareille somme au perdant, dans le cas auquel le perdant auroit gagné. Or le joueur ivre n'a couru aucun risque de donner aucune somme à l'autre joueur, puisqu'on suppose que si ce joueur

ivre eût perdu, il n'eût pas été obligé de rien donner à l'autre : donc lorsqu'il gagne, il ne doit rien recevoir de l'autre, ne devant pas recevoir le prix d'un risque qu'il n'a pas couru.

On opposera peut-être qu'il est décidé en droit, que lorsque je contracte avec un impubère, ou une autre personne qui n'est pas capable de donner au contrat un consentement parfait; quoique par ce contrat cet impubère ne soit pas obligé envers moi, néanmoins je suis obligé envers lui.

Je réponds que ce principe a lieu dans les contrats commutatifs, en ce sens, que je ne puis contraindre l'impubère à tenir le marché, quoiqu'il puisse me contraindre à le tenir, s'il trouve qu'il lui est avantageux; mais il ne peut pas me contraindre à lui donner la chose que je me suis obligé de lui donner, qu'il ne me donne celle qu'il doit me donner à la place. Par exemple, si j'ai vendu mon cheval à un impubère pour le prix de quinze pistoles, je ne puis obliger cet impubère à prendre mon cheval et à me payer les quinze pistoles; et il peut au contraire, s'il trouve le marché avantageux, m'obliger à lui donner le cheval; mais il ne peut m'obliger à le lui donner qu'en me payant les quinze pistoles qui sont le prix de mon cheval.

Ces principes, qui ont lieu dans les contrats commutatifs, ne peuvent avoir lieu dans un contrat aléatoire, tel que celui que renferme le jeu. Lorsque je joue contre un impubère, je ne puis être obligé envers lui, s'il ne l'est pas envers moi : car s'il ne l'est pas envers moi, il n'a pas couru le risque de me payer le prix du risque, dans le cas où il seroit le gagnant; et s'il n'a pas couru le risque, je ne puis lui devoir le prix du jeu, que je ne me suis obligé de lui donner qu'à la place de ce risque. C'est comme si, dans l'espèce du contrat commutatif, ci-dessus rapporté, l'impubère vouloit exiger de moi mon cheval sans me payer les quinze pistoles que je dois avoir à la place.

15. Le parfait consentement de chacun des joueurs étant nécessaire pour la validité du contrat que renferme le jeu,

il s'ensuit que si l'un des joueurs a contraint l'autre à jouer, le contrat n'est pas valable ; car un consentement extorqué par contrainte, n'est pas un parfait consentement.

Ce n'est pas seulement à l'égard de la première partie que chacun des joueurs doit avoir la liberté de jouer ou de ne pas jouer ; il en est de même des autres parties. Chacun des joueurs doit avoir la liberté de se retirer du jeu quand bon lui semble, à moins que, dès le commencement du jeu, les joueurs ne fussent convenus que celui qui gagneroit la première partie, donneroit à l'autre la revanche. Sans cela on ne peut sans injustice le contraindre de la donner ; et le contrat que renferme la revanche qu'il auroit été contraint de donner, n'est ni moins injuste ni plus valable qu'une première partie qu'on auroit contraint l'un des joueurs de jouer.

Dans tous ces cas, celui qui m'a contraint à jouer, soit une première partie, soit une revanche, ne peut, lorsqu'il a gagné, recevoir de moi licitement le prix du jeu ; et s'il l'a reçu, il est obligé de me le restituer. Il y est obligé non seulement parceque l'imperfection de mon consentement, qui n'a pas été libre, empêche la liberté du contrat, mais encore parceque celui qui m'a contraint à jouer malgré moi, ayant en cela commis envers moi une injustice, il est obligé envers moi à la réparation du tort qu'elle m'a causé ; ce qui consiste dans la restitution de la somme que j'ai perdue.

16. Le contrat qui n'est pas valable de ma part par l'imperfection de mon consentement, lorsque j'ai été contraint de jouer malgré moi, l'est-il de la part de celui qui m'a contraint ; et si je gagne la partie, puis-je licitement recevoir de lui le prix du jeu ? Cette question se décide par une distinction. S'il eût été au pouvoir de celui qui m'a contraint à jouer, dans le cas auquel il auroit gagné, de me faire payer le prix du jeu, parceque nous avions mis argent sur table, et qu'il m'eût été difficile de l'empêcher de prendre l'argent et de me le laisser restituer ; ou bien, si ayant joué l'un et l'autre sur notre parole, j'eusse été, en jouant, dans la disposition de volonté de lui payer le prix

du jeu, dans le cas auquel il seroit le gagnant; dans l'un et dans l'autre de ces cas, ayant couru le risque de lui donner le prix du jeu, si j'eusse perdu, je puis licitement recevoir de lui le prix du jeu, lorsque j'ai gagné.

Mais si, ayant été contraint de jouer, et ayant joué sur ma parole, j'ai été, en jouant, dans la disposition de volonté de ne pas payer le prix du jeu, dans le cas auquel celui qui m'a contraint seroit le gagnant, et de me défendre de le payer, par la raison de la contrainte qu'on a employée pour me faire jouer; en ce cas, n'ayant couru aucun risque de perdre, si celui qui m'a contraint eût gagné, puisque je ne l'aurois pas payé, dans ce cas-là je ne puis pas licitement recevoir de lui la somme qu'il a jouée contre moi, cette somme ne pouvant m'être due qu'autant qu'elle seroit le prix du risque que j'aurois couru de lui en donner autant, et ne m'étant par conséquent pas due, lorsque je n'ai couru aucun risque.

17. Supposons à présent qu'il n'y ait pas eu de contrainte de part ni d'autre, mais que l'un des joueurs, qui jouoient sur leur parole, ait joué avec une disposition secrète de volonté de ne pas payer, dans le cas auquel il perdroit, et de se défendre par les lois qui dénient l'action pour le jeu, et néanmoins de recevoir le prix du jeu dans le cas contraire auquel il seroit le gagnant : il est évident que celui qui a joué avec cette disposition de volonté, ne peut pas licitement recevoir le prix du jeu dans le cas où il seroit le gagnant, et que s'il l'a reçu, il est obligé de le restituer.

Les raisons sont, 1° que le contrat du jeu est en ce cas nul par le défaut du consentement du joueur, qui n'ayant pas eu la volonté de payer dans le cas où il perdroit, n'a pas consenti au contrat, mais a seulement feint d'y consentir; 2° parceque n'ayant pas couru le risque de perdre, le prix du jeu ne peut lui être dû, n'étant dû au gagnant que pour et à la place du risque que le gagnant a couru de perdre.

18. Dans le cas inverse, lorsque celui qui a joué contre moi avec une intention secrète de ne pas payer, a perdu

la partie, est-il en ce cas obligé, dans le for de la conscience, de me payer le prix du jeu ? En supposant (ce que nous examinerons au chapitre III) que le contrat du jeu oblige dans le for de la conscience, il faut décider qu'il y est obligé. Il ne peut pas, pour s'en défendre, dire que le contrat est nul, n'ayant jamais eu la volonté et n'ayant jamais consenti à s'obliger de me payer, s'il perdoit la partie : car il suffit qu'il ait feint de consentir au contrat, il suffit qu'il ait promis extérieurement de payer, pour que le contrat soit réputé valable contre lui : il suffit qu'il m'ait fait courir le risque de lui donner la somme convenue, dans le cas auquel il auroit été le gagnant, pour qu'il soit tenu de me payer une pareille somme, lorsque je suis le gagnant : je suis censé lui en avoir payé le prix, par le risque qu'il m'a fait courir de lui en donner autant.

§. III. De l'égalité qui est requise dans le contrat du jeu.

19. Dans tous les contrats intéressés de part et d'autre, chacune des parties contractantes n'ayant pas intention de rien donner à l'autre, et ayant au contraire intention de recevoir de l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui donne, il est nécessaire, pour que le contrat soit conforme aux règles de la justice, que ce que l'une des parties contractantes donne ou s'oblige de donner à l'autre, soit d'égale valeur à ce que l'autre partie donne ou s'oblige de son côté de lui donner. *Voyez notre Traité des Obligations, n.* 33.

Pour faire l'application de ce principe au contrat du jeu, qui est de la classe des contrats intéressés de part et d'autre; lorsque je joue contre vous, pour que le contrat soit conforme aux règles de la justice, et valable, il faut que le risque que je cours de vous donner la somme convenue dans le cas auquel vous serez le gagnant, soit égal au risque que vous courez de votre côté de me donner la même somme dans le cas auquel je serois le gagnant.

La valeur de ces risques s'estime par les degrés de probabilité. Lorsqu'il n'y a pas plus de probabilité que je ga-

gnerai la partie, qu'il n'y en a que vous la gagnerez, le risque que je cours, et celui que vous courez, sont d'égale valeur, et le contrat du jeu est en ce cas équitable.

20. Cette égalité de valeur dans les risques se trouve toujours dans les jeux de pur hasard.

Le gain de la partie dépendant dans ces jeux entièrement du pur hasard, l'un des joueurs ne pouvant avoir dans ces jeux aucune supériorité sur l'autre, le risque que chacun des joueurs court, est nécessairement égal. C'est pourquoi il est nécessaire, pour l'égalité dans ce contrat, que la somme que je joue contre vous soit égale à celle que vous jouez contre moi.

Néanmoins si je veux bien dans ces jeux jouer contre vous une somme plus grande que celle que vous jouez contre moi, *putà*, trois écus contre deux; il n'y aura pas à la vérité d'égalité dans le contrat : néanmoins il ne renfermera aucune injustice. Il exorbite à la vérité de la nature des contrats intéressés de part et d'autre; et dans le cas auquel vous gagnerez la partie, il contient une donation que je vous fais de l'écu dont la somme que je joue contre vous excède celle que vous jouez contre moi : mais cet avantage que je vous fais, étant un avantage que je ne puis ignorer, et que je vous fais de mon bon gré, et avec une pleine connoissance, ne contient aucune injustice.

21. Dans les jeux qui sont mêlés d'adresse et de hasard, tels que sont le jeu du trictrac, le jeu de piquet et autres, si vous êtes plus habile que moi à ce jeu, il y a plus de probabilité que ce sera vous qui gagnerez la partie, qu'il n'y en a que ce sera moi; par conséquent le risque que je cours de vous donner la somme convenue si vous gagnez, est plus grand et d'une plus grande valeur que celui que vous courez de me donner la même somme si je gagne : par conséquent, suivant les principes que nous venons d'établir, le contrat du jeu renferme en ce cas une injustice.

22. On peut rétablir de deux manières l'égalité dans ce contrat, et le rendre juste et équitable entre deux joueurs de forces inégales.

La première de ces deux manières est que vous me donniez un avantage au jeu; par exemple, tant de points d'avance, qui compensent la supériorité d'habileté que vous avez sur moi, et qui rendent, au moyen de cette compensation, l'espérance du gain de la partie aussi probable de mon côté que du vôtre.

La seconde manière de rétablir l'égalité, est que vous, qui avez sur moi une supériorité d'habileté, jouiez contre moi une somme plus grande que celle que je joue contre vous, dans la même proportion que le risque que je cours de perdre, est plus grand que celui que vous courez de votre côté.

Par exemple, si, au moyen de la grande supériorité que vous avez sur moi, le risque que je cours de perdre est plus grand du double que celui que vous courez, il y aura égalité dans le contrat, si vous jouez contre moi une somme qui soit le double de celle que je joue contre vous; *putà*, si vous jouez six livres contre trois que je joue contre vous.

Lorsque la supériorité que vous avez sur moi n'est pas compensée de l'une de ces deux manières, l'inégalité qui se trouve dans le contrat le rend injuste; si ce n'est qu'en jouant contre vous avec une pleine connoissance de votre supériorité sur moi, j'aie eu intention de vous gratifier, et que je vous l'aie déclaré.

Mais si je n'ai pas eu intention de vous gratifier, et que néanmoins ayant une fausse confiance que le hasard me favoriseroit, quoiqu'averti de votre supériorité, je veuille, quoiqu'à forces inégales et sans aucun avantage, jouer contre vous une somme égale de part et d'autre, vous ne pouvez pas sans injustice jouer contre moi cette somme égale, sans me faire aucun avantage de votre part.

On opposera que, dans le contrat de vente, je puis sans injustice vous vendre une chose qui a un vice, en vous avertissant du vice. La réponse est que lorsque je vous ai averti du vice de la chose, je puis bien vous la vendre sans injustice, pourvu que je ne vous la vende que le prix qu'elle

vaut, eu égard au vice qu'elle a : car ne vous vendant la chose que le prix qu'elle vaut, eu égard à ce vice, il y a égalité dans le contrat; il ne renferme aucune injustice; la réticence du vice de la chose, qui eût pu vous détourner de l'acheter, étant la seule injustice que ce contrat, d'ailleurs égal, pouvoit renfermer. Au contraire, dans notre espèce, quoique vous m'ayez averti de votre supériorité au jeu, le contrat ne laisse pas d'être injuste; l'injustice du contrat ne venant pas en ce cas de la réticence de votre supériorité, mais de l'inégalité que cette supériorité cause dans le contrat, lorsqu'elle n'est pas compensée par l'une des deux manières dont nous avons vu ci-dessus qu'elle pouvoit l'être,

On ne peut pas dire que le consentement que je donne à jouer avec vous à forces inégales, en étant averti, couvre cette injustice, suivant cette maxime, *Volenti non fit injuria.* Je réponds que cette maxime n'a ici aucune application : car si je consens à jouer avec vous à forces inégales, quoiqu'averti de votre supériorité, ce n'est pas que j'aie la volonté de vous gratifier et de vous faire aucun avantage, mais c'est parceque je me persuade par erreur, ou que je suis aussi habile que vous, ou que je suis heureux au jeu, et que ce bonheur que je m'imagine avoir au jeu, compense votre supériorité. L'avantage que je vous fais en jouant contre vous à forces inégales, n'est donc pas un avantage que je vous fais *volens*, et ce n'est pas le cas de la maxime, *Volenti non fit injuria;* c'est un avantage que l'erreur en laquelle je suis, m'engage à vous faire; et vous ne pouvez pas sans injustice profiter de mon erreur.

23. L'injustice qui se rencontre dans le contrat par lequel je joue avec vous à forces inégales, quoiqu'averti de votre supériorité, le rend-elle entièrement nul, ou seulement réformable et réductible à la somme contre laquelle, eu égard à votre supériorité, vous auriez pu jouer équitablement celle que vous avez jouée ?

Par exemple, en supposant que la supériorité que vous avez sur moi rende le risque que je cours de perdre la

partie plus grand du double que celui que vous courez de la perdre, vous pouvez jouer équitablement contre moi une somme qui soit le double de celle que je jouerai contre vous. Si néanmoins nous avons joué de part et d'autre une somme égale, *putà*, une somme de six livres, l'injustice que renferme ce contrat le rend-elle entièrement nul, de manière que si vous gagnez, je ne vous doive rien? ou le contrat sera-t-il seulement réformable? Je pense qu'il doit seulement être réformable, et que si vous gagnez la partie, je vous dois, non pas à la vérité une somme de six livres, mais une somme de trois livres, qui est celle contre laquelle vous pouviez jouer contre moi celle de six livres. En effet, puisque j'ai voulu jouer, quoiqu'averti de votre supériorité; puisque j'ai pu gagner la somme de six livres, et que vous avez couru envers moi un risque de me payer cette somme dans le cas auquel j'aurois gagné, qui étoit un cas très possible, il ne seroit pas équitable que de mon côté je n'en eusse couru aucun. C'est pourquoi, dans le cas auquel vous avez gagné la partie, je vous dois payer pour le prix du risque que vous avez couru, non pas à la vérité une somme de six livres, le risque que vous avez couru n'étant pas égal au mien, mais une somme de trois livres, qui est le véritable prix de ce risque, qui étoit moindre de la moitié que celui que j'ai couru.

Il faudroit décider autrement, si par dol vous m'aviez engagé à jouer contre vous à forces inégales, en me cachant la supériorité que vous aviez sur moi au jeu. Le contrat en ce cas est entièrement nul de votre côté. Si vous gagnez, vous ne pouvez licitement rien recevoir du prix du jeu; et si vous l'avez reçu, vous êtes obligé à me le restituer : car c'est par votre dol que j'ai été engagé à faire cette partie de jeu, que je n'aurois pas voulu faire si j'avois connu votre supériorité.

24. Lorsque nous avons joué ensemble sans nous connoître, Barbeyrac, en son *Traité du Jeu, l.* 2, *chap.* 2, *n.* 15, pense que la supériorité que vous vous trouvez avoir sur moi n'empêche pas que vous ne puissiez recevoir lici-

tement en entier le prix du jeu pour la première partie; parceque ne nous connoissant ni l'un ni l'autre, si j'ai couru le risque de trouver en vous un joueur plus fort que moi, vous avez pareillement couru le risque de trouver en moi, que vous ne connoissiez pas, un joueur plus fort que vous; ce qui fait, dans le contrat que nous avons fait pour cette première partie, une égalité de risques de part et d'autre, qui le rend équitable.

Je pense au contraire que même en ce cas le contrat est réformable, et que vous ne pouvez, si vous gagnez la partie, recevoir licitement la somme entière, mais seulement celle contre laquelle, eu égard à votre supériorité, vous pouviez jouer équitablement celle que vous avez jouée. Il est vrai qu'ignorant de part et d'autre nos forces, nous avons fait de bonne foi le contrat; mais le risque que je cours par ce contrat, étant, eu égard à la supériorité que vous avez sur moi, plus grand, *putà*, du double que celui que vous courez, ce contrat ne laisse pas de renfermer en soi une injustice, et de pécher contre l'égalité, en ce que le risque que je cours, quoique double de celui que vous courez, n'y est pas plus payé que celui que vous courez. Ce contrat étant donc injuste en soi, quoique nous l'ayons fait de bonne foi, vous n'en êtes pas moins obligé à en réformer l'injustice, en réduisant la somme que je vous dois pour le gain de la partie, à la moitié de celle que vous avez jouée contre moi.

Il en est de ce contrat comme d'un contrat de vente par lequel une chose auroit été vendue au-delà de son juste prix. Quoique l'une et l'autre des parties aient de part et d'autre ignoré le prix de la chose vendue, et aient contracté de bonne foi, le contrat ne laisse pas d'être injuste en soi par l'excès du prix; et le vendeur, lorsqu'il vient à découvrir cette injustice, est obligé à la réparer, en rendant à l'acheteur l'excédant qu'il a payé du juste prix, ou en l'en déchargeant, s'il ne l'a pas encore payé. Pareillement quoique, dans notre espèce, nous ayons contracté de bonne foi, le contrat ne laisse pas d'être injuste, et vous

êtes obligé d'en réformer l'injustice de la manière dont nous venons de le dire, lorsqu'en jouant vous vous êtes aperçu de votre supériorité.

A l'égard de ce que dit Barbeyrac, que chacun des joueurs, ignorant la force de son adversaire, lorsqu'ils ont fait la partie, chacun a de part et d'autre couru le risque de trouver dans son adversaire un joueur plus fort que lui, ce qui forme entre eux une égalité de risques; je réponds que ce risque, que chacun de ces joueurs a couru, de trouver dans son adversaire un joueur plus fort que lui, est un risque étranger, et n'est pas ce qui forme la substance du contrat. D'ailleurs il est faux qu'il y ait égalité entre les joueurs, même à l'égard de cette espèce de risque; car le risque que le bon joueur a couru de trouver dans son adversaire, qu'il ne connoissoit pas, un joueur plus fort que lui, étoit beaucoup moindre que celui que couroit le joueur ignorant.

25. Il nous reste à parler de la troisième espèce de jeu, qui sont les jeux de pure adresse. Dans ces jeux il n'est pas douteux que le contrat est inégal, et par conséquent injuste, si celui des joueurs qui est considérablement plus fort que l'autre ne récompense pas la supériorité qu'il a sur lui, en lui donnant au jeu un certain avantage, comme un certain nombre de points. Sans cela, à moins que celui qui est le plus foible n'ait intention de couvrir d'une perte au jeu la gratification qu'il veut faire à l'autre, il n'est pas permis à celui qui est le plus fort, de jouer avec lui, même des sommes inégales.

En cela les jeux de pure adresse sont différents des jeux mixtes. La raison de différence est sensible. Dans les jeux mixtes, le hasard favorise quelquefois tellement le joueur ignorant, qu'il lui donne le gain de la partie. C'est pourquoi dans ces jeux le bon joueur, quelque fort qu'il soit, n'a pas une certitude du gain de la partie; il n'a qu'une plus grande probabilité; il ne joue pas à coup sûr; il court un risque, quoique moins grand que celui que court le joueur ignorant qui joue contre lui : c'est pourquoi il peut

jouer équitablement contre lui, pourvu qu'il joue une somme plus forte que celle que le joueur ignorant joue contre lui; et elle doit être plus forte dans la même proportion que le risque que court l'autre joueur est plus grand.

Mais dans les jeux de pure adresse, le joueur qui est considérablement plus fort que l'autre n'a pas seulement une probabilité, il a une certitude morale du gain de la partie : il joue à coup sûr; et n'ayant couru aucun risque, il ne peut s'en faire payer le prix par aucune somme, quelque petite qu'elle soit, et quelque inférieure qu'elle soit à celle qu'il auroit jouée.

§. IV. De la fidélité que les joueurs doivent apporter au jeu.

26. Il est évident que le contrat du jeu devient injuste, lorsque les joueurs manquent à la fidélité qu'ils doivent apporter au jeu.

C'est pourquoi si l'un des joueurs a gagné la partie par des tricheries, *putà*, en regardant le jeu de son adversaire, ou le dessous des cartes, ou en commettant d'autres infidélités, quelles qu'elles soient, il ne peut pas licitement recevoir le prix du jeu; s'il l'a reçu, il est obligé à restitution.

La raison en est évidente. Lorsque les joueurs s'obligent mutuellement l'un envers l'autre de donner une certaine somme à celui d'entre eux qui gagnera la partie, chacun d'eux n'entend s'y obliger que sous la condition tacite que celui qui aura gagné la partie, aura apporté au jeu la fidélité qu'il y doit apporter. Lors donc qu'il n'a pas apporté au jeu cette fidélité, l'obligation que l'autre avoit contractée de lui payer le prix du jeu, tombe par le défaut d'accomplissement de la condition sous laquelle elle avoit été contractée : le prix du jeu ne lui est pas dû; et s'il l'a reçu, il est obligé à le restituer.

Il y est encore obligé par une autre raison, qui est que celui qui commet un dol envers quelqu'un, est tenu de l'indemniser de ce qu'il en a souffert. Or les tricheries dont l'un des joueurs se sert pour faire perdre la partie à l'autre, sont un dol qu'il commet envers lui : il doit donc l'indemniser

de la perte de la partie qu'il lui a causée par ces tricheries, et par conséquent lui restituer le prix du jeu qu'il a reçu de lui.

27. Par cette seconde raison le joueur qui a usé envers moi de tricheries pour gagner la partie, non seulement doit me restituer la somme que je lui ai payée pour le prix du jeu; mais s'il paroissoit que sans tricherie ce fût moi qui l'eusse gagnée, il doit, outre la restitution de la somme que je lui ai payée, me payer la somme qu'il m'eût payée si j'eusse gagné la partie : car les dommages et intérêts résultants de son dol, dont il doit m'indemniser, renferment non seulement la perte que son dol m'a causée, mais le gain dont il m'a privé, *quantùm mihi abest, et quantùm lucrari potui*, suivant la définition qu'en donne la loi 13, ff. *Ratam rem hab.*

Si je m'apercevois en jouant que celui contre qui je joue use envers moi de tricheries, pourrois-je en user licitement de mon côté, et recevoir licitement le prix du jeu, si par mes tricheries je gagnois la partie? Non; car celui contre qui je joue, en usant de tricheries envers moi, n'a pas intention de me permettre d'en user de mon côté, ni de renoncer à la condition sous laquelle il s'est obligé de me payer le prix du jeu, qui est que je gagnerai la partie sans le secours d'aucunes tricheries; c'est pourquoi si j'en use, quoiqu'il en ait usé le premier, son obligation tombe par défaut d'accomplissement de la condition sous laquelle il s'étoit obligé envers moi, et le prix du jeu ne m'est pas dû. Les tromperies dont je me suis aperçu n'ont d'autre effet que de me décharger, dans le for de la conscience, de l'obligation de lui payer le prix du jeu, s'il gagne la partie; mais elles ne m'autorisent pas à manquer de mon côté à la fidélité qui est due au jeu.

Quand même celui contre qui j'ai joué auroit, en usant de tromperies envers moi, consenti que j'en usasse de mon côté, je n'aurois pas pour cela le droit de recevoir le prix du jeu, dans le cas auquel, par mes tricheries, j'aurois gagné la partie; car une telle convention, qui est nulle,

l. 27, §. 3, ff. *de pact.*, ne peut avoir aucun effet, ni me donner aucun droit.

28. Barbeyrac compte avec raison, parmi les infidélités que l'on commet au jeu, la dissimulation par laquelle je n'avertis pas celui contre qui je joue, d'une méprise qui lui fait compter moins de points qu'il n'en a fait.

Par exemple, si celui contre qui je joue au billard, ayant déja fait dix points depuis la partie commencée, par méprise et par distraction n'en compte que huit, et que m'étant aperçu de sa méprise, je le laisse compter huit points, cette dissimulation de ma part est une infidélité que je commets envers lui : c'est pourquoi si, profitant de sa méprise, je gagne la partie, qu'il eût gagnée, s'il eût compté ses dix points, non seulement je dois lui rendre la somme qu'il m'a payée pour le prix du jeu, mais je dois lui payer celle que je lui eusse payée s'il eût gagné.

Il en est de même du cas auquel celui contre qui je jouois aux quilles, en auroit abattu six, et croyant n'en avoir abattu que cinq, n'auroit compté que cinq points au lieu de six. Si, m'étant aperçu de son erreur, je ne l'en ai point averti, c'est une infidélité de ma part : c'est pourquoi si, faute de ce point qu'il a omis de compter, il a perdu la partie, qu'il eût gagnée s'il l'eût compté, je dois lui rendre la somme qu'il m'a payée pour le prix du jeu, et lui payer celle que je me suis obligé de lui payer s'il gagnoit la partie.

SECTION II.

Du jeu considéré par rapport à la fin pour laquelle on joue.

29. Il faut à cet égard distinguer entre le jeu désintéressé, et le jeu intéressé.

J'appelle jeu *désintéressé*, lorsque les joueurs jouent à rien, ou lorsqu'ils jouent seulement les frais du jeu, c'est-à-dire, lorsqu'ils conviennent que l'avantage de celui qui gagnera la partie, consistera en ce qu'il ne paiera rien des frais du jeu, et que ce sera le perdant qui paiera en entier ce qu'on a coutume de donner pour le prix des cartes aux

domestiques qui les fournissent ; ou lorsque c'est une partie de paume ou de billard, ce qu'il est d'usage de donner au tripotier pour la partie de paume ou de billard.

On peut aussi appeler jeu *désintéressé*, lorsque la somme qu'on joue est si modique, que la perte de cette somme ne puisse incommoder celui qui perd la partie, et que celui qui la gagne ne puisse pas paroître s'enrichir en la gagnant.

Lorsque la chose qu'on joue est considérable, c'est ce qu'on appelle *jeu intéressé*, ou *gros jeu*.

§. I. Des fins qu'on peut avoir dans le jeu désintéressé.

30. Il y a plusieurs fins que les joueurs peuvent se proposer lorsqu'ils jouent, et qui peuvent les porter à jouer.

Parmi ces fins, il peut y en avoir d'honnêtes, lorsque le jeu est désintéressé : il y en a aussi de déshonnêtes.

C'est une fin honnête, lorsqu'on joue pour se procurer une récréation et un délassement dont l'esprit a besoin.

Il est évident que cette fin ne peut se rencontrer que dans les personnes qui, après s'être occupées pendant la plus grande partie de la journée, à des affaires ou à des études qui demandent de l'application, donnent une petite partie de leur temps à un petit jeu, pour se procurer le délassement dont elles ont besoin.

Cette fin ne peut pas se rencontrer dans les personnes désœuvrées, qui n'occupant leur esprit à rien, n'ont pas besoin de lui procurer un délassement.

31. La fin de se rendre le corps plus souple ou plus vigoureux, est une fin honnête qu'on peut se proposer en jouant à certains jeux qui renferment un exercice du corps, tels qu'étoient chez les Grecs et chez les Romains la lutte et la course, et tel qu'est parmi nous le jeu de paume. On ne doit néanmoins donner à ces jeux, de même qu'à tous les autres, qu'une très petite partie de son temps.

32. C'est aussi une fin honnête, lorsqu'on joue par un motif de charité et de complaisance, pour amuser un convalescent qui a besoin qu'on lui procure cette dissipation.

33. A l'égard de ceux qui donnent la plus grande partie

de leur temps au jeu, et qui n'ont d'autre fin en jouant que celle de passer le temps, et d'éviter l'ennui, cette fin ne peut passer pour une fin honnête : elle est contraire au droit naturel, qui condamne l'oisiveté, comme contraire à l'ordre de Dieu : *Homo natus ad laborem, sicut avis ad volatum.*

Dieu ayant établi entre les hommes une société civile, tous les hommes qui la composent doivent, chacun selon ses talens et son goût, s'occuper à quelque chose qui soit utile au bien de cette société (1).

Le temps est la chose du monde la plus précieuse ; c'est Dieu qui nous l'a donné, et il nous en demandera compte : il ne nous est pas permis d'en perdre la plus petite partie. Il est évident que ceux qui ne se proposent d'autre fin en jouant que celle *de passer le temps*, contredisent directement ces principes du droit naturel, puisqu'au lieu de regarder le temps, suivant ces principes, comme quelque chose de très précieux, qu'on doit mettre à profit, ils le regardent comme quelque chose qui leur est à charge, et dont ils doivent chercher à se défaire : car c'est ce qu'ils veulent dire lorsqu'ils disent qu'ils jouent *pour passer le temps.*

§. II. De la fin que peuvent avoir les joueurs dans les jeux intéressés.

34. Dans les jeux intéressés, c'est-à-dire, lorsqu'on joue une somme d'argent considérable, ou quelque autre chose dont la perte cause au perdant une incommodité notable, la seule fin qui porte à ce jeu, est un desir déréglé de ga-

(1) De ce principe, que tous les hommes doivent s'occuper à quelque chose qui soit utile au bien de la société civile, on ne doit pas en tirer cette conséquence, que ceux qui s'en retranchent volontairement, pour se retirer dans un monastère, pèchent contre le droit naturel, en se rendant inutiles à la société civile ; car les personnes qui, pour de bonnes raisons, se retirent dans des monastères où l'esprit de la religion s'est conservé, contribuent dans leur retraite, plus que personne, au bien de la société civile par leurs prières, par lesquelles ils fléchissent la colère de Dieu, et détournent les punitions que nos péchés méritent, et ne manqueroient pas d'attirer.

gner, et de s'enrichir de la dépouille de celui contre qui on joue.

35. Les fins honnêtes qui peuvent se rencontrer dans les jeux désintéressés, et que nous avons rapportées au paragraphe précédent, ne peuvent se rencontrer dans le jeu intéressé.

Une des fins les plus honnêtes du jeu, est celle de se rendre le corps plus souple et plus vigoureux, aux jeux qui contiennent un exercice du corps, tel qu'est le jeu de la paume. Cette fin peut bien porter à jouer à la paume; mais ce n'est pas cette fin qui porte à y jouer des sommes considérables : car il suffit de jouer à la paume pour procurer au corps cet avantage. Il n'est pas besoin pour cela d'y jouer gros jeu. Ce ne peut donc être qu'une autre fin, qui est l'avarice et le desir du gain, qui porte à y jouer gros jeu.

36. C'est une fin honnête à l'égard de tous les jeux, que de chercher à se procurer une récréation et un délassement dont l'esprit a besoin. Mais ce n'est pas cette fin qui porte un joueur à jouer gros jeu, puisqu'il n'est pas nécessaire, pour se procurer par le jeu ce délassement, de jouer un gros jeu : bien loin de cela, il n'y a que le jeu désintéressé qui soit propre à procurer cette fin. Le gros jeu, qui excite dans les joueurs un violent desir du gain, et une violente crainte de la perte, qui sont des passions qui agitent l'âme, n'est rien moins que propre à procurer à l'esprit ce délassement.

Les partisans du gros jeu disent que le jeu est insipide, si on ne joue *gros jeu*, et qu'il ne peut par conséquent procurer la récréation qu'on cherche dans le jeu. Je réponds que si ces joueurs ne recherchoient dans le jeu qu'à se délasser l'esprit, le jeu désintéressé ne leur paroîtroit pas insipide : il ne leur paroît tel que parcequ'il ne satisfait point leur avarice, et le desir de gagner qu'ils apportent au jeu. C'est donc le desir du gain qui est la seule fin qui porte à jouer gros jeu : or je prétends que cette fin, à l'égard du jeu, n'est pas une fin honnête. C'est ce que j'ai à prouver.

37. Je ne condamne pas tout desir et toute recherche

d'un gain légitime, pour subvenir à nos besoins et à l'éducation de notre famille : cette recherche n'a rien que d'honnête, lorsqu'elle est dirigée par les règles de la justice, de la tempérance et de la prudence. Dans le jeu, la recherche du gain qui porte les joueurs à jouer gros jeu, est un desir déréglé du gain; et par conséquent la fin qui porte les joueurs à jouer gros jeu, n'est pas une fin honnête.

Je dis que c'est un desir déréglé du gain; car ce desir n'est pas conduit par la raison, mais par la passion. Si le joueur consultoit la raison, elle lui feroit apercevoir facilement que l'espérance du gain étant dans le jeu contrebalancée par un risque de se ruiner et de s'appauvrir, qui est aussi grand que l'espérance du gain, le jeu n'est pas le moyen de parvenir à la fin qu'il se propose. L'expérience acheveroit de le convaincre, y ayant infiniment beaucoup plus d'exemples de personnes qui se sont ruinées au jeu, qu'il n'y en a de personnes qui s'y soient enrichies; ce qui ne peut guère être autrement, parceque dans le jeu, celui qui gagne ne profite pas de tout ce que l'autre perd, et qu'il en faut nécessairement rabattre les frais du jeu, qui, quoique peu considérables par rapport à ce qu'il en coûte chaque fois, le deviennent beaucoup par la continuation et l'assiduité.

Le joueur n'étant pas porté par sa raison à rechercher dans le jeu le gain qu'il desire faire, y est porté par la passion de l'avarice réunie avec la paresse. L'avarice fait naître en lui un desir avide du gain, et lui fait passer en revue les différents moyens de gagner. D'un autre côté, la paresse s'oppose à ce qu'il prenne, pour parvenir à cette fin, quelques-uns des différents genres d'occupations lucratives auxquelles il pourroit être propre. Il trouve dans le gros jeu une espérance de faire un gros gain sans travail; cette vue flatte son avarice, et en même temps sa paresse. Séduit et aveuglé par ces deux passions, il donne toute son application à considérer le gros jeu sous cette face, et il ne fait aucune attention à l'autre face du jeu, qui lui feroit apercevoir le danger du jeu, et le risque qu'un joueur court, en jouant gros jeu,

de se ruiner, ou de s'appauvrir considérablement. Cette recherche du gain, qui est la fin qui porte les joueurs à jouer gros jeu, n'étant donc point produite par la raison, mais par la passion, elle est un désir déréglé, et n'est pas par conséquent une fin honnête.

38. Cette recherche du gain dans le gros jeu peut d'autant moins passer pour une fin honnête, qu'elle est directement opposée au premier précepte du droit naturel, qui nous ordonne d'aimer notre prochain comme nous-mêmes. Car un joueur ne pouvant faire un gros gain au jeu qu'aux dépens de celui contre qui il joue, en le ruinant ou en l'appauvrissant, il s'ensuit que la fin que se propose le joueur de faire au jeu un gain considérable, renferme nécessairement la recherche de la ruine ou de l'appauvrissement de celui contre qui il joue, qui est inséparable de cette fin. La fin qui porte à jouer gros jeu est donc directement contraire à la charité et au droit naturel, et par conséquent elle n'est pas une fin honnête.

Dans tous les contrats intéressés de part et d'autre, qui sont reçus dans la société civile, chacune des parties contractantes trouve un avantage dans le contrat, et les parties se rendent réciproquement service. Cela est évident dans les contrats commutatifs. Par exemple, lorsque je vends le vin de ma récolte à un marchand, ce marchand me fait plaisir en me donnant de l'argent pour cette marchandise, qui m'embarrasseroit, et je lui fais réciproquement plaisir en lui vendant une marchandise sur laquelle il compte faire un profit dans son commerce. Cela se rencontre aussi dans les contrats aléatoires. Par exemple, lorsque je donne à un riche père de famille un héritage pour une grosse rente viagère, il me fait plaisir en me procurant le moyen de vivre plus à mon aise, par la grosse rente qu'il me fait pour un héritage dont je n'ai pas besoin après ma mort; et je lui fais plaisir de mon côté, en lui procurant une chose dont il se trouvera, après ma mort, avoir payé le prix sans presque s'en être aperçu, ayant trouvé dans le revenu de ses biens ou de sa profession, de quoi payer ma rente viagère.

Pareillement, dans le contrat d'assurance maritime, les assureurs me font plaisir en me procurant la commodité de faire avec sûreté un commerce maritime que je n'oserois pas faire sans cela, à cause des gros risques auxquels ce commerce expose, et que je ne suis pas en état de supporter. De mon côté, je leur fais plaisir en contribuant, par la *prime* que je leur donne, à l'entretien de leur commerce d'assurance, qui, quoique dangereux, et sujet à de grosses pertes, leur procure néanmoins assez ordinairement un gain qui est vraisemblable, par la supputation qu'ils savent faire de ce dont le nombre des vaisseaux qui arrivent à bon port, surpasse ordinairement celui de ceux qui périssent en chemin.

Dans ce contrat d'assurance, l'une des parties ne recherche pas la perte du bien de l'autre : celui qui fait assurer ne cherche rien autre chose que la sûreté des fonds qu'il fait assurer. S'ils arrivent à bon port, il est charmé que les assureurs avec qui il a contracté, aient gagné la *prime* qu'il leur a donnée, sans qu'il leur en coûte rien.

On doit dire la même chose du contrat à la grosse.

Il s'en faut bien qu'il en soit de même dans le contrat du jeu; il s'en faut bien que les parties s'y rendent réciproquement service. Au contraire, dans ce contrat, l'une des parties ne peut y trouver l'avantage qu'elle y recherche, qu'en dépouillant l'autre : chacun des joueurs ne cherche qu'à dépouiller celui contre qui il joue, comme deux duellistes cherchent réciproquement à s'ôter la vie.

Le contrat du gros jeu a donc une fin contraire à la charité, et directement opposée aux principes de la société civile, qui n'a établi les commerces et les contrats que pour que les membres de cette société s'aidassent mutuellement, et se rendissent mutuellement service. Le contrat du gros jeu, considéré du côté de sa fin, est donc contraire aux bonnes mœurs, et, comme tel, doit être proscrit.

CHAPITRE II,

Où l'on rapporte les lois des Romains et les nôtres sur le jeu.

§. I. Lois romaines.

39. Le jeu étoit très sévèrement défendu par les lois romaines. Le jurisconsulte Paul fait mention d'un sénatus-consulte qui défendoit de jouer de l'argent à quelque jeu que ce fût, si ce n'est à certains jeux qui contenoient un louable exercice du corps, et étoient utiles pour la guerre, lesquels étoient nommément exceptés : *Senatûs-consultum vetuit in pecuniam ludere; præterquàm si quis certet hastâ vel pilo jaciendo, vel currendo, saliendo, luctando, pugnando, quod virtutis causâ fiat;* l. 2, *fin.*, ff. *de aleatorib.*

40. Cette défense de jouer de l'argent comprenoit toutes les choses appréciables à prix d'argent. Il étoit seulement permis de jouer son écot dans un festin, même à des jeux de hasard : *Quod in convivio vescendi causâ ponitur, in eam rem aleâ ludere permittitur;* l. 4, ff. *d. tit.*

La raison de cette exception est sensible. La fin qui rend le jeu contraire aux bonnes mœurs, qui consiste dans le désir de s'enrichir aux dépens et par la dépouille de celui contre qui on joue, ne se rencontre pas dans ce cas, où le prix du jeu ne doit pas entrer dans la poche du gagnant, mais doit être employé au festin.

41. Ce sénatus-consulte qui défendoit de jouer de l'argent, ne se bornoit pas à dénier l'action pour ce qui avoit été gagné au jeu; il donnoit une action au perdant contre le gagnant, pour répéter ce qu'il lui avoit payé pour le prix du jeu.

On admettoit à cette répétition, même les enfants contre leur père, et les affranchis contre leur patron : *Adversùs parentes et patronos est repetitio ejus quod in aleâ* (1)

(1) Nous avons suivi la leçon de Cujas, qui a restitué dans le texte ce mot *aleâ* au lieu de *familiâ*, qui ne présente aucun sens.

lusum est; (1) *utilis ex hoc edicto* (2) *datur;* d., l. 4, §. 2.

On ne sait pas précisément le temps de ce sénatus-consulte; il peut être du temps de Septime-Sévère, ou de quelqu'un de ses prédécesseurs. Quoi qu'il en soit, il n'avoit pas établi un droit nouveau; il ne faisoit que confirmer les anciennes lois, qui n'étoient malheureusement que trop mal observées. Il est fait mention dans la seconde Philippique de Cicéron, *n.* 28, d'une procédure criminelle (*publicum judicium*) établie contre ceux qui jouoient aux jeux de hasard.

42. Ceux qui recevoient chez eux des joueurs pour y jouer à des jeux de hasard, étoient si odieux, que le préteur leur refusoit toute action pour les insultes qu'on leur auroit faites, les dommages qu'on leur auroit causés, ou les vols qu'on leur auroit faits pendant ce temps : *Si quis eum apud quem aleâ lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, aut si quid eo tempore dolo ejus substractum est, judicium non dabo;* l. 1, ff. *d. tit.*

Le préteur jugeoit que cet homme ayant, en recevant des joueurs chez lui, donné occasion à ces délits, n'étoit pas recevable à s'en plaindre.

43. Le préteur punissoit aussi ceux qui avoient forcé quelqu'un à jouer; ils étoient punis par amende ou par prison; d. l. 1, §. *fin*; l. 2.

44. Justinien a enchéri sur les lois contre le jeu. Il défend, comme l'avoit fait l'ancien sénatus-consulte, de jouer à l'argent, à quelque espèce de jeu que ce soit, à l'exception

---

(1) Les enfants et les affranchis n'étoient pas admis à intenter l'action *directa*, c'est-à-dire, qui naît directement de cette loi, parceque cette action étant *famosa*, elle emportoit note d'infamie contre le joueur qui étoit condamné par cette action, et qu'il n'étoit pas permis d'intenter les actions de cette espèce contre les personnes à qui on devoit le respect. Mais, à la place de cette action, on donnoit aux enfants et aux affranchis une action *utilis* ou *in factum*, qui, sans emporter infamie, étoit aux mêmes fins.

(2) Cet édit est le sénatus-consulte dont Paul parle au commencement de la loi. Les édits des premiers empereurs étoient confirmés par un sénatus-consulte: c'est pourquoi ces lois s'appelèrent *promiscuè*, tantôt *edictum*, tantôt *senatûs-consultum*. Voyez notre Préface *in Pand. Justin.*, pag. 15.

seulement de certains jeux qui sont nommés dans sa constitution, qui contiennent un louable exercice du corps : mais au lieu que l'ancien sénatus-consulte avoit permis de jouer de l'argent à ces jeux, sans limiter la somme, Justinien ordonne qu'on ne pourra jouer à ces jeux permis plus d'un écu d'or pour une partie de jeu.

A l'égard des autres jeux, Justinien donne une action aux perdants contre les gagnants, pour la répétition de ce qu'ils ont payé pour le prix du jeu, comme avoit fait l'ancien sénatus-consulte ; mais il ajoute deux choses. 1° Il ordonne que cette action ne sera pas sujette à la prescription ordinaire à laquelle sont sujettes toutes les actions, qui est celle de trente ans, et que le perdant et ses héritiers seront reçus à cette répétition pendant le temps de cinquante ans. 2° Il ordonne que, dans le cas auquel le perdant négligeroit de répéter la somme qu'il a perdue au jeu, les officiers municipaux de la ville où le délit a été commis, pourroient poursuivre la répétition de cette somme, pour être employée à des ouvrages publics pour l'utilité et la décoration de la ville; l. 1, 2 et 3, *cod. de aleat.*

§. II. Des lois des Rois de France.

45. Nous trouvons dans les capitulaires de Charlemagne une loi de ce prince, qui confirme les défenses de jouer aux jeux de hasard, faites tant aux laïques qu'aux ecclésiastiques, par le concile de Mayence, tenu l'an 813.

Nous avons une ordonnance de saint Louis, de l'an 1254, qui défend de jouer aux dés.

Nous en avons une de Charles-le-Bel, de l'an 1319, et de Charles V, du 13 avril 1369, qui défend les jeux de dés, de tables ou trictrac, de quilles, de billes, de boules, et généralement tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes; à peine, contre les contrevenants, de 40 sous d'amende.

46. Par la suite tous les jeux ne furent pas indistinctement défendus; car Charles VIII, dans une ordonnance pour la police des prisons du châtelet de Paris, après avoir

fait une défense générale aux prisonniers de jouer aux dés, permet aux personnes de naissance qui y sont retenues pour causes légères et civiles, de jouer au trictrac et aux échecs.

De Lamarre, en son *Traité de la Police*, rapporte des lettres-patentes de François Ier, en faveur du jeu de la paume, qui permettent d'exiger ce qui a été gagné à ce jeu.

47. Charles IX, par l'ordonnance d'Orléans, *art.* 101, défend avec les bordels, tous brelans, jeux de quilles et de dés; à peine, contre les contrevenants, d'être punis extraordinairement.

Le même prince, par l'ordonnance de Moulins, en 1566, *art.* 59, donne une action aux mineurs pour la répétition de ce qu'ils ont perdu aux jeux de hasard, *sans néanmoins approuver ces sortes de jeux entre majeurs.*

48. Par une déclaration du roi Louis XIII, du 30 mai 1611, il est dit : « Faisons défenses à toutes personnes de tenir « brelans, ni s'assembler pour jouer aux cartes ou aux dés, « même aux propriétaires détenteurs de leurs maisons, ou « locataires d'icelles, d'y recevoir ceux qui tiendront les- « dits brelans, ou joueront èsdits jeux, à peine d'amende, « d'autre punition, s'il y échet, et d'être, en leur propre et « privé nom, responsables de la perte des deniers qui y sera « faite, et tenus à la restitution d'iceux. » Enjoignons aux juges de se transporter ès maisons où ils seront avertis y avoir brelans et assemblées, de se saisir de ceux qui s'y trouveront, ensemble de leur argent, bagues, joyaux, et autres choses exposées au jeu, en faire et distribuer les deniers aux pauvres des Hôtels-Dieu, etc.

L'arrêt d'enregistrement déclare *nulles* les promesses faites pour le jeu, et ordonne que toute action soit déniée pour raison d'icelles.

L'auteur de la Morale de Grenoble rapporte mal cette déclaration de 1611 : il semble lui faire dire qu'elle donne à ceux qui ont perdu une somme au jeu, le droit de la répéter contre les gagnants à qui ils l'ont payée. Il paroît au contraire par les termes de cette déclaration que nous ve-

nons de rapporter, et qui est rapportée en entier dans le *Traité de la Police* de Lamarre, *tome* 1, *page* 458, que ce n'est pas contre le joueur que cette répétition est accordée; mais c'est contre celui qui a prêté sa maison pour jouer. La loi prononce cette peine contre lui, pour le punir d'avoir donné lieu à la perte du jeu en prêtant sa maison.

On peut voir dans le même *Traité de Police* les arrêts et règlements de police contre ceux qui donnent à jouer, sur-tout aux jeux de pharaon, de bassette, de lansquenet et autres.

CHAPITRE III.

Si le jeu produit quelque obligation; et si l'on est obligé de restituer ce qu'on a gagné au jeu à ceux qui ont perdu.

49. Les anciennes ordonnances de nos rois ayant défendu tous les jeux, à l'exception de ceux qui sont propres à exercer au fait des armes, et n'ayant fait aucune distinction à l'égard de tous les autres jeux, entre ceux qui sont jeux d'adresse, et ceux qui sont jeux de hasard, ni entre le gros jeu et le petit jeu; c'étoit une conséquence que les jeux, quels qu'ils fussent, à l'exception de ceux propres à exercer au fait des armes, ne pussent produire d'obligation civile, et que les joueurs ne dussent pas être reçus à poursuivre en justice le paiement de ce qu'ils auroient gagné au jeu.

50. Quoique par la suite la défense des jeux ait été bornée aux jeux de hasard, néanmoins la jurisprudence s'est conservée de dénier l'action pour le jeu, à l'égard de quelque jeu que ce fût.

La raison est, que quoique la défense des jeux ne subsiste aujourd'hui qu'à l'égard des jeux de hasard, les autres jeux sont plutôt tolérés qu'autorisés; ou s'ils sont permis, ils ne le sont que comme simples récréations, et ne sont point considérés comme actes de commerce, destinés à produire des droits et des obligations. C'est pourquoi les joueurs peuvent bien recevoir honnêtement et licitement les sommes mo-

diques qu'ils ont gagnées en jouant à un petit jeu; mais quelque permis que soient ces petits jeux, ils ne le sont pas jusqu'au point de donner aux joueurs une action pour poursuivre en justice le paiement des sommes qu'ils y ont gagnées.

51. A l'égard des jeux propres à exercer au fait des armes, ces jeux étant expressément autorisés par les lois, on doit donner une action aux joueurs pour le paiement de ce qu'ils ont gagné à ces jeux. Par exemple, si plusieurs personnes ont joué ensemble un écu au profit de celle d'entre elles qui tireroit le plus juste son coup de fusil dans un blanc; ce jeu étant un jeu propre à exercer pour le fait des armes, et expressément autorisé, je pense que le gagnant doit avoir une action pour contraindre au paiement de l'écu les refusants.

Mais si l'on avoit joué, même aux jeux de cette espèce, des sommes excessives, je crois que l'action devroit être déniée au gagnant : car la fin de ces jeux n'est plus alors celle de faire connoître son habileté dans un exercice utile, mais celle de s'enrichir en dépouillant ceux contre qui on joue, qui est une fin déshonnête. C'est pourquoi Justinien, comme nous avons vu ci-dessus, fixe la somme qu'on pouvoit jouer licitement à ces jeux d'exercice. Cette somme n'étant pas fixée parmi nous, elle doit être laissée à l'arbitrage du juge.

52. La plus grande difficulté sur l'obligation du jeu concerne le for de la conscience. C'est une question controversée, si dans ce for celui qui a perdu sur sa parole une somme considérable à des jeux défendus, est obligé de la payer, ou si au contraire celui qui l'a gagnée n'est pas obligé de la restituer au perdant qui la lui auroit payée. On peut examiner cette question dans deux cas différents: 1° dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu sans donner d'action aux perdants pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu; 2° dans le cas auquel la loi civile donneroit aux perdants cette répétition.

§. I. Examen de la question dans le cas auquel la loi civile condamne le jeu, sans néanmoins accorder aux perdants la répétition des sommes perdues au jeu.

53. C'est le cas dans lequel nous nous trouvons dans les provinces du royaume qui ne sont pas régies par le droit écrit : les lois romaines, qui donnent aux joueurs la répétition de ce qu'ils ont perdu au jeu, étant des lois positives, n'y ont pas force de loi. Nous n'avons, dans ces provinces, de lois civiles sur le jeu, que les ordonnances de nos rois, les arrêts et règlements de police faits en exécution. Or toutes ces lois se bornent à condamner les jeux, à prononcer de grosses amendes contre ceux qui donnent à jouer, et à dénier l'action pour ce qui a été gagné au jeu; mais il n'y a aucune de ces lois qui donne aux perdants, lorsqu'ils sont majeurs, la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu. L'ordonnance de Charles IX, que nous avons rapportée au chapitre précédent, en accordant cette répétition aux mineurs, suppose clairement que les majeurs qui ont perdu au jeu des sommes considérables, n'en ont pas la répétition, lorsqu'ils les ont payées; *nam qui dicit de uno, negat de altero;* et ce qui y est dit, *sans approuver les jeux entre majeurs,* est une improbation du jeu qui peut bien faire dénier aux gagnants l'action, mais qui n'est pas suffisante pour faire donner une action aux perdants, pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu, lorsqu'ils les ont payées.

54. Quoique les gagnants ne soient obligés par aucune loi civile à la restitution des sommes qu'ils ont gagnées au jeu, ne sont-ils pas obligés à cette restitution dans le for de la conscience; ou au contraire les perdants ne sont-ils pas obligés dans ce for à payer les sommes qu'ils ont perdues, quoique la loi civile ne donne pas d'action pour les y contraindre? C'est ce qu'il s'agit ici d'examiner.

La question est très controversée. Ceux qui soutiennent que le joueur qui a gagné au jeu, est obligé dans le for de la conscience de restituer ce qu'il a gagné à celui à qui il

l'a gagné, se fondent sur ce raisonnement : On ne peut pas retenir justement ce qu'on a acquis sans cause, ou pour une cause injuste. Or une somme considérable qu'un joueur a gagnée à un jeu de hasard condamné par les lois, est acquise par une cause injuste : donc il ne peut pas la retenir en conscience, et il doit la restituer. Ceux qui tiennent l'opinion contraire répondent qu'il faut distinguer entre une cause qui est mauvaise et injuste en elle-même et intrinsèquement, et celle qui ne contient en soi et intrinsèquement aucune injustice, et qui n'est mauvaise que par quelque vice qui lui est extrinsèque. Lorsque la cause est mauvaise en soi, c'est le cas de l'obligation de restituer. Par exemple, lorsque j'ai reçu de vous un gros intérêt usuraire en exécution d'un contrat usuraire, je suis obligé à restitution, parceque le contrat usuraire qui est la cause de mon acquisition est mauvais en soi, et renferme intrinsèquement une injustice.

Il en est autrement lorsque la cause de l'acquisition ne renferme en soi aucune injustice, et n'a qu'un vice qui lui est extrinsèque. Par exemple, lorsque j'ai fait un bail à loyer d'un appartement dans ma maison à un abbé qui est collateur d'un grand nombre de bénéfices, dans la vue de faire connoissance avec lui et d'en obtenir un; quoique cette fin soit déshonnête et simoniaque, quoique ce soit cette fin seule qui m'ait porté à faire un bail de cet appartement, que j'aurois sans cela occupé par moi-même avec le reste de la maison, cette fin qui m'a porté à faire le contrat du bail à loyer, étant quelque chose d'extrinsèque à ce contrat, lequel en soi est équitable et ne renferme aucune injustice, ce contrat ne laissera pas d'être un titre et une cause légitime de l'acquisition des sommes d'argent qui me seront payées pour les loyers de mon appartement en exécution de ce contrat.

Pareillement, lorsque j'ai acheté de quelqu'un une chose pour une rente viagère qui a été éteinte par sa mort qui est survenue peu après; quoique je n'aie eu d'autre vue, en faisant ce contrat, que le desir de m'enrichir à ses dépens par sa mort prochaine, dont je me flattois, et que je desi-

rois ardemment, néanmoins si la rente viagère pour laquelle j'ai acheté cet héritage, étoit, eu égard à son âge, et à la santé dont il jouissoit lors du contrat, le juste prix de son héritage; ce contrat, quelque déshonnête qu'en ait été la fin, n'étant pas mauvais en soi, et ne renfermant aucune injustice, est un titre et une cause très légitime de l'acquisition que j'ai faite de l'héritage.

Pareillement, lorsqu'un marchand vend un jour de dimanche, pendant la grand'messe, une marchandise de sa boutique à quelqu'un; quoique cette vente ait un vice, par la contravention qu'elle renferme aux lois de police, qui défendent aux marchands de vendre dans leurs boutiques pendant l'office divin; néanmoins cette contravention étant quelque chose d'extrinsèque au contrat de vente, si le contrat de vente ne contient en soi aucune injustice, et que la marchandise n'ait pas été vendue au-delà du juste prix, le contrat de vente, quoique fait en contravention des lois de police, ne laissera pas d'être un juste titre et une juste cause de l'acquisition que ce marchand a faite de la somme qui lui a été payée pour le prix de cette vente.

55. Pour faire au jeu l'application de cette distinction, il faut voir en quel sens on peut dire que le contrat du jeu est mauvais et illicite. Est-il mauvais en lui-même? Renferme-t-il en lui-même quelque injustice? Nous avons établi au premier chapitre, que le contrat du jeu en soi ne renferme aucune injustice, pourvu que les joueurs aient joué des choses dont ils avoient le droit de disposer, qu'ils aient joué librement, qu'il y ait eu égalité dans les conditions du contrat, et fidélité dans l'exécution.

Il n'y a de mauvais dans le contrat du jeu, que la fin qui porte les joueurs à jouer, qui est toujours un desir déréglé du gain, lorsqu'ils jouent gros jeu, et la contravention aux lois civiles, qui défendent les jeux de hasard. Cette fin déshonnête, cette contravention à la loi civile étant des choses extrinsèques au contrat du jeu, n'empêchent pas que ce contrat, lorsqu'il ne contient en soi aucune injustice vis-à-vis de la personne contre qui j'ai joué, ne puisse être une

juste cause d'acquisition des sommes que j'ai gagnées au jeu; de même que la vente faite par un marchand dans sa boutique, pendant l'office divin, est une juste cause de l'acquisition que ce marchand a faite de la somme d'argent qui lui a été donnée pour le prix de cette vente, quoique cette vente soit mauvaise par rapport à la circonstance du temps dans lequel elle a été faite; parceque le vice est extrinsèque, et qu'il suffit que le contrat en soi ne contienne aucune injustice vis-à-vis de la personne à qui ce marchand a vendu sa marchandise.

Lorsque la loi civile, pour de bonnes raisons, défend un contrat qui ne contient en soi aucune injustice, l'effet de la loi est de rendre ceux qui contreviennent à la loi, sujets à des peines, comme à des amendes, à des confiscations. L'effet de la loi est de dénier toute action pour l'exécution du contrat qu'elle défend : ce n'est qu'en ce sens qu'on dit : *Nullum pactum, nullum conventum, lege contrahere prohibente.* C'est-à-dire que la loi le prive d'exécution dans le for extérieur : mais le contrat, quoique fait en contravention de la loi, ne laisse pas d'exister; et lorsqu'il ne renferme en soi aucune injustice de l'une des parties envers l'autre, il oblige dans le for de la conscience.

Suivant ces principes, l'effet de nos lois civiles qui condamnent les jeux de hasard, est de rendre les joueurs sujets aux amendes qu'elles prononcent : leur effet est de dénier toute action aux promesses qui ont le jeu pour cause. Mais le contrat du jeu, quoiqu'intervenu contre la défense de la loi civile, étant un contrat qui ne renferme aucune injustice en soi, ne doit pas moins obliger celui qui a perdu, à exécuter son engagement, et à payer la somme qu'il a jouée; et ce contrat est une juste cause de l'acquisition que le gagnant fait de cette somme.

En effet, c'est une chose qui résiste évidemment à la bonne foi, qu'après vous avoir fait courir le risque de me donner la somme que nous avons jouée ensemble, que je comptois bien recevoir de vous, si le sort m'eût été favo-

rable, je refuse de vous la donner, lorsque vous l'avez gagnée.

56. Ceux qui soutiennent l'obligation de restituer ce qui a été gagné au jeu, insistent, et disent que le jeu de hasard est mauvais, non seulement par la contravention à la loi civile, et par rapport à la fin qui porte au jeu les joueurs, mais qu'il est mauvais en soi, 1° en ce qu'il contient une profanation du sort, qu'ils regardent comme quelque chose de religieux; 2° en ce qu'il est en soi contraire à l'équité naturelle. Nous ne nous arrêterons pas à la première espèce de vice qu'on reproche au jeu; nous avons suffisamment établi au chapitre premier, *art.* 1, que c'étoit sans aucun fondement qu'on attribuoit au sort quelque chose de religieux, et qu'on prétendoit que les jeux de hasard en fussent une profanation. Nous examinerons seulement si on est fondé à prétendre que le gros jeu est en soi, et par la nature même du jeu, contraire à l'équité naturelle. Pour le prouver, voici le raisonnement que font ceux qui soutiennent l'obligation de restituer le gain du jeu. L'équité naturelle ne permet pas, disent-ils, de s'enrichir aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum damno alterius locupletari;* l. 206, ff. *de reg. jur.* Or le gain du jeu, par la nature même du jeu, se fait aux dépens de celui contre qui on joue, et souvent par la ruine entière de celui contre qui on joue. Le gain qu'on fait au jeu est donc, par la nature du jeu, un gain contraire à l'équité; et il ne peut par conséquent être licitement retenu.

La réponse est facile. La loi de l'équité naturelle qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'a d'application qu'au cas auquel je m'enrichirois aux dépens de quelqu'un, sans lui avoir payé, en aucune manière que ce soit, le prix de la chose dont je m'enrichis à ses dépens. Par exemple, lorsque quelqu'un a ensemencé mon champ par erreur, croyant ensemencer le sien; quoique la récolte qui est née de la semence qu'il a jetée dans mon champ, m'appartienne, étant une accession de mon champ, je pécherois contre l'équité, si je ne lui remboursois le prix de cette

semence, parce que j'en profiterois et je m'en enrichirois à ses dépens.

Mais cette règle qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'a pas d'application et ne peut pas être opposée dans le cas auquel celui qui s'enrichit aux dépens d'un autre, lui a payé en quelque manière le prix de la chose dont il s'est enrichi à ses dépens. Par exemple, si quelqu'un m'a vendu pour une grosse rente viagère un héritage, et que peu de jours après il ait perdu la vie par un accident imprévu, je puis très licitement et très équitablement retenir cet héritage qu'il m'a vendu à rente viagère, sans qu'on puisse m'opposer que l'équité ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui : car je lui ai payé le prix de cet héritage par le risque que j'ai couru de lui payer le double et le triple de sa valeur, si la personne eût vécu long-temps : et quoiqu'alors ce que je lui ai donné en paiement ne fût pas de l'argent, ni aucune autre chose physique, le paiement n'en est pas moins véritable; ce risque que j'ai couru, et par lequel je l'ai payé, étant un être moral et appréciable, qui peut aussi bien servir de prix de son héritage, que de l'argent ou toute autre chose.

Il en est de même du jeu. Lorsque je vous ai gagné une grosse somme au jeu, la règle d'équité qui ne permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui, ne peut pas plus m'être opposée que dans l'espèce précédente : car je vous ai pareillement payé le prix de ce que je vous ai gagné, par le risque que j'ai couru de vous en donner autant, si le sort vous eût été favorable. Si je ne vous ai pas payé par quelque chose de physique, je vous ai payé par le risque que j'ai couru, qui est un être moral, et qui étant parfaitement égal à celui que vous avez couru, ne laisse aucune injustice dans le contrat.

57. On insiste encore, et on dit : N'est-ce pas une chose contraire à la raison, que la chute des dés sous une certaine face, ou un partage de cartes, fasse qu'une somme d'argent doive appartenir à Pierre plutôt qu'à Jean? C'est néanmoins ce qui arrive dans le jeu. Le jeu est donc en

soi contraire à la raison, et par conséquent au droit naturel.

On répond que la chute des dés sous une certaine face n'est pas, dans le jeu, la cause qui fait passer au gagnant la somme que le perdant a jouée contre lui; elle est seulement la condition sous laquelle le perdant est convenu de donner cette somme au gagnant : c'est cette convention qui est la cause de l'acquisition que le gagnant fait de cette somme. Or cette convention n'a rien de contraire au droit naturel. Le perdant étant un majeur qui avoit le droit de disposer à son gré de ce qui étoit à lui, au profit de qui bon lui sembloit, même sans condition, avoit aussi le droit d'en disposer sous telle condition que bon lui sembleroit, pourvu qu'elle ne fût ni impossible, ni contraire aux bonnes mœurs. Il nous est permis de faire dépendre la disposition que nous faisons de nos biens, et nos conventions, de conditions fortuites et qui dépendent du pur hasard, comme on le peut voir *passim* aux titres du Digeste et des Institutes, *de verb. oblig.*

58. Après avoir rapporté ce qu'on dit de part et d'autre pour ou contre l'obligation de restituer ce qui a été gagné au jeu, s'il m'est permis de dire mon avis, j'incline à penser que ceux qui ont perdu, en jouant sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considérables, sont obligés, dans le for de la conscience, de les payer, et que celui qui les a gagnées n'est pas obligé de les restituer, pourvu que les quatre conditions que nous avons rapportées au chapitre premier, qui sont requises pour que le jeu ne renferme en soi aucune injustice, se trouvent avoir concouru. Néanmoins si un joueur s'étoit enrichi à jouer des jeux défendus (ce qui n'arrive guère, étant ordinaire que les joueurs de profession se ruinent plutôt qu'ils ne s'enrichissent); comme, en jouant à ces jeux défendus, il a grièvement offensé Dieu, je pense que la satisfaction qu'il doit à la justice divine pour son péché, et le regret qu'il doit avoir de l'avoir commis, doivent le porter à ne pas vouloir profiter du gain qu'il a fait en péchant, et qu'il doit s'en dépouiller, soit en le rendant à ceux qui ont perdu,

soit en l'appliquant à des œuvres pieuses. Cette obligation est de l'espèce de celles que nous avons appélées en notre *Traité des Obligations*, n. 1, *obligations imparfaites*, dont nous ne sommes comptables qu'à Dieu, et qui ne donnent à personne aucun droit contre nous. C'est pourquoi ceux qui, en jouant volontairement et de leur plein gré, ont perdu de bonne grace les sommes dont ce joueur s'est enrichi au jeu, n'ont aucun droit de les lui redemander. Néanmoins je pense que s'il a connoissance des personnes qui ont souffert une diminution considérable dans leur fortune par les pertes qu'ils ont faites en jouant contre lui, il ne peut faire un meilleur emploi du bien qu'il a gagné au jeu, et dont il veut se dépouiller, qu'en l'employant à rendre à ces personnes les sommes qu'il leur a gagnées, et qu'il ne doit appliquer en œuvres pieuses le gain qu'il a fait au jeu, que subsidiairement, et lorsqu'il ne connoît pas ceux qui se sont notablement incommodés en jouant contre lui.

§. II. Examen de la question dans les pays où il y auroit une loi en vigueur, qui donneroit aux perdants une action pour la répétition des sommes qu'ils ont perdues au jeu, contre les gagnants qui les ont reçues.

59. Dans les provinces où il y auroit une pareille loi en vigueur, le contrat du jeu ne pourroit pas obliger, même dans le for de la conscience, les perdants à payer les sommes qu'ils ont perdues au jeu : car il répugne qu'ils puissent être obligés à payer ce que les gagnants seroient obligés de leur restituer, s'ils l'avoient payé. Or il n'est pas douteux qu'en supposant qu'il y ait dans un pays une loi qui ordonne la restitution de ce qui a été gagné au jeu, les joueurs ne soient obligés à cette restitution dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur; car les lois civiles obligent dans l'un et dans l'autre for ceux qui y sont sujets. Les perdants ne peuvent donc pas être obligés, même dans le for de la conscience, à leur payer les sommes qu'ils ont perdues.

Néanmoins Barbeyrac, dans son *Traité du Jeu, liv. 3, chap. 9, n. 15*, prétend que même dans les pays où il y

auroit une loi qui donneroit une action pour la répétition de ce qui a été perdu au jeu, le perdant ne pourroit pas en conscience avoir recours à cette loi pour se dispenser de payer ce qu'il auroit perdu au jeu, ni encore moins pour le répéter, parceque ce seroit une chose contraire à la bonne foi, qu'après avoir joué avec vous contre la défense de la loi, dans la confiance que vous ne vous prévaudriez pas contre moi de cette loi si vous perdiez, je voulusse m'en prévaloir contre vous, lorsque c'est moi qui perds, et que je refusasse de vous payer cette somme qui est le prix du risque que je vous ai fait courir de m'en payer autant si j'eusse gagné.

Mais comment peut-il se faire que je sois obligé, dans le for de la conscience, à vous rendre cette somme, pendant qu'on suppose qu'il y a une loi en vigueur qui vous oblige, dans l'un et dans l'autre for, à me la rendre, si je vous l'avois payée? Barbeyrac répond à cela que la loi de Justinien, en ordonnant la restitution de ce qui a été gagné au jeu, ne fait pas ce commandement aux joueurs, mais qu'elle commande aux juges de condamner les gagnants à cette restitution, lorsqu'elle sera demandée, non comme ayant reçu la somme indûment, mais par forme de peine de leur contravention à la loi : d'où Barbeyrac conclut que les joueurs ne sont pas obligés, même par cette loi, dans le for de la conscience, à la restitution de ce qu'ils ont gagné au jeu, si ce n'est lorsqu'ils y ont été condamnés.

Ce qu'ajoute Barbeyrac au *n.* 16, est encore plus singulier. Après avoir dit au *n.* 15, que le joueur qui auroit perdu, ne pourroit pas, dans le for de la conscience, se servir de la loi de Justinien, quand même on la supposeroit en vigueur, pour se dispenser de payer ce qu'il auroit perdu au jeu, ni pour le répéter, il dit au *n.* 16, que l'héritier du joueur qui a perdu, pourroit, dans le for de la conscience, profiter de la loi de Justinien, dans le pays où elle seroit en vigueur, pour répéter dans les cinquante ans les sommes perdues au jeu par le défunt, contre celui qui les lui a gagnées, parce que n'ayant pas lui-même

contracté l'engagement de payer la somme perdue au jeu par le défunt, il n'offense pas la bonne foi en profitant de la loi qui lui en accorde la restitution. Cela me paroît absurde : car si, comme le prétend Barbeyrac, le joueur qui a perdu, nonobstant la loi qui lui accorde la répétition de la somme qu'il a perdue, devoit véritablement, dans le for de la conscience, la somme qu'il a perdue, s'il l'a payée dûment, il n'avoit pas le droit de la répéter. Mais s'il ne l'avoit pas, son héritier ne peut pas l'avoir ; car s'il ne l'avoit pas, son héritier n'a pas pu le trouver dans sa succession ; il n'a pas pu transmettre à son héritier un droit qu'il n'avoit pas lui-même.

Ce que dit Barbeyrac, que la loi de Justinien commande seulement au juge de contraindre le joueur à la restitution de ce qu'il a gagné au jeu, lorsque la restitution en est demandée, mais qu'elle ne commande pas au joueur de faire cette restitution, et qu'elle ne lui en impose point l'obligation, s'il n'y est condamné, n'est pas plus soutenable ; car l'action que cette loi donne au perdant contre le gagnant, pour la restitution de la somme perdue au jeu, suppose nécessairement une obligation imposée par cette loi au gagnant de restituer cette somme.

Une action personnelle, telle qu'est cette action, ne peut naître que d'une obligation contractée envers celui qui l'intente, par celui contre qui elle est intentée. C'est ce qui résulte de la définition qu'on donne de l'action : *Actio est jus persequendi in judicio quod sibi debetur.* L'action que la loi de Justinien donne au perdant pour la restitution de la somme perdue au jeu, suppose donc une obligation imposée par cette loi au gagnant de restituer cette somme. Le gagnant seroit donc, dans les pays où la loi seroit en vigueur, obligé dans l'un et l'autre for à la restitution des sommes qu'il a gagnées au jeu; et par conséquent celui qui les a perdues ne pourroit, dans ces pays, être obligé dans le for de la conscience de les payer.

Cette vérité est reconnue par La Placette, dans son *Traité des Jeux de hasard*, dans lequel il établit qu'on

n'est pas obligé à restituer le gain du jeu : il reconnoît que son principe reçoit exception dans les lieux où il y a une loi civile en vigueur qui l'ordonne.

60. Dans nos provinces qui se régissent par le droit romain, la loi de Justinien contre les jeux est-elle en vigueur? C'est une question de fait dont la décision doit être laissée aux juges et aux avocats de ces provinces, qui sont en état de certifier l'usage qui s'y observe à cet égard. Quoique les peuples de ces provinces aient adopté le corps des lois romaines, il y a néanmoins plusieurs de ces lois qui ont été abrogées par l'usage.

FIN DU TRAITÉ DU CONTRAT DU JEU
ET DU TOME SIXIÈME.

319938

Author Pothier, Robert Joseph

Title Oeuvres, ed. by Siffrein. New ed. vol. 6.

Law
For
P8624nx

DATE.

NAME OF

University of Toronto
Library

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

Acme Library Card Pocket
LOWE-MARTIN CO. LIMITED